

dsg

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Torino

nuova serie

8

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.

GIANLUCA RUGGIERO

GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DELLA TIPICIÀ

INDAGINE SUI RAPPORTI
FRA TIPICIÀ E ANTIGIURIDICITÀ
NELLA TEORIA GENERALE DEL REATO



Edizioni Scientifiche Italiane

RUGGIERO, Gianluca

Gli elementi soggettivi della tipicità.

Indagine sui rapporti fra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino

nuova serie, 8

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

pp. XII+152; 24 cm

ISBN 978-88-495-2102-3

© 2011 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)

Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Indice

Premessa

VII

CAPITOLO I – I «tipi» di parte speciale del diritto penale e il dolo specifico

1. Preliminari	1
2. Gli elementi soggettivi dell'illecito e la tipizzazione penale	3
3. La disputa sulla natura “oggettiva” o “soggettiva” del dolo specifico. Posizione del problema	8
4. La fattispecie penale	10
5. Il «fatto» nella legislazione vigente	14

CAPITOLO II – Su taluni aspetti della tipizzazione penale

1. I rapporti fra «antigiuridicità» e «tipicità». Impostazione del problema	21
2. Antigiuridicità e qualifiche funzionali	26
3. Gli elementi “negativi” della fattispecie penale (Segue)	33
4. (Continua) La teoria degli «elementi negativi del fatto» e le attuali dottrine della colpevolezza	37
5. Critica	42
6. Elementi negativi della fattispecie penale e formule decisionali. Osservazioni sul concetto di «fatto» nel processo penale	47

CAPITOLO III – Le qualifiche giuridiche funzionali

1. L'«antigiuridicità» come qualifica funzionale	57
2. I rapporti tra «antigiuridicità» e «fatto tipico» nei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali (Segue)	60
3. (Continua) La giurisprudenza del <i>Bundesgerichtshof</i> della Repubblica federale di Germania sui “tiratori” del Muro di Berlino (Segue)	64
4. (Continua) La Corte costituzionale tedesca di fronte all'interruzione volontaria della gravidanza (<i>Schwangerschaftsabbruch</i>)	70
5. Le relazioni fra «tipicità» e «antigiuridicità»	72

CAPITOLO IV – *I cosiddetti «elementi soggettivi dell’antigiuridicità»*

- | | |
|---|----|
| 1. Alle radici di un fraintendimento | 83 |
| 2. (Continua) Le clausole di “illiceità speciale” | 89 |
| 3. I «reati con tendenza interiore eccedente» | 94 |

CAPITOLO V – *Gli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*

- | | |
|--|-----|
| 1. Una verifica sul terreno del diritto positivo alla luce di recenti orientamenti giurisprudenziali: i reati contro l’incolumità pubblica | 105 |
| 2. La nozione di “disastro” e la sua collocazione all’interno dei delitti contro la pubblica incolumità | 111 |
| 3. Il fine ulteriore qualificato “evento” e il principio di materialità dell’illecito penale. Critica. | 116 |
| 4. I reati a dolo specifico come reati soggettivati ad accertamento psicologico vincolante. | 118 |
| 5. Alcune osservazioni sulla rilevanza dell’errore di diritto nei reati a dolo specifico | 128 |

<i>Bibliografia</i>	133
---------------------	-----

Premessa

Affrontare oggi un argomento classico, come quello degli «elementi» costitutivi dell'illecito penale, richiede una duplice direzione d'indagine: una storico-dogmatica; l'altra di carattere squisitamente esegetico.

La prima, che approfondisce il tema storico, non tenendolo sullo sfondo ma usandolo come argomento, ha reso necessario un richiamo comparativo allo sviluppo della dottrina che ha dato vita alla «teoria degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità», elaborazione che, come si vedrà, più che un vero e proprio concetto, rappresenta nulla più di un'intuizione derivata dal comune sentire, ma contraddetta dall'esegesi giuridica.

Muovere dagli scritti degli autori che, direttamente o indirettamente, hanno contribuito a fondamentare il «moderno» diritto penale, implica una serie di problemi l'uno all'altro contrapposti e l'uno dall'altro condizionati.

Gli intenti che hanno mosso le indagini sono stati: contestualizzare gli autori nel periodo storico e culturale nel quale hanno vissuto e operato; individuare un filo conduttore che permettesse l'immediata comprensione della nascita, anche se avvenuta in contesti culturali diversi, di una categoria dogmatica o di un istituto giuridico. I propositi sono divenuti poi «metodo», limitando lo spettro della ricerca ad una determinata categoria di «elementi normativi» che abbiamo definito «soggettivamente pregnanti». L'esame di uno specifico aspetto dalla «tipicità» penale costituito dai predetti elementi normativi giustifica il richiamo solo a taluni problemi della tipizzazione penale ai quali è proposta una soluzione, secondo la chiave di lettura che cercheremo di offrire nelle pagine che seguono.

È però opportuno, forse necessario, esporre un'osservazione maturata nel corso della elaborazione del presente lavoro, non ancora del tutto approfondita e controllata sulla scorta delle indicazioni che è dato leggere nei testi contemporanei. Un'intuizione, insomma, che come tale viene proposta. Si è spesso portati a ragionare per autori e non per problemi e questa inversione metodologica avrebbe per effetto d'im-

pedire l'esatta comprensione di un istituto giuridico, da un lato, e di condizionare negativamente l'applicazione del diritto, dall'altro. Ma detto questo è detto tutto.

Sarebbe infatti un errore pretendere di criticare taluno soltanto perché quanto a suo tempo affermato è stato sconfessato dagli studiosi successivi o dalla pratica del diritto: ogni autore è «figlio» del suo tempo e ciascuna tesi può essere esattamente compresa solo se studiata da questo punto di vista – ed è solo in questi termini che va accolta o respinta.

Non si tratta solo di esporre un'evoluzione storica di una norma attraverso i vari ordinamenti giuridici cui è passata ovvero di come fu regolata in un determinato ordinamento giuridico¹, bensì di mettere a nudo la necessità di indagare il contesto nel quale una teoria è stata creata e formulata. Senza però che la metodologia prescelta subordini la (o sia subordinata alla) costruzione dogmatica condotta con mezzi rigorosamente logici e con il rigore del metodo formalistico deduttivo.

Per esporre con chiarezza le tesi prese in considerazione si è quindi reso necessario – di volta in volta – un brevissimo richiamo all'origine dell'istituto e soprattutto a quegli studiosi che, anche se non espressamente, si sono occupati del tema e che, a buon diritto, possono esserne considerati i precursori. Un esempio per tutti: il «finalismo». Esso non è che il precipitato storico di un processo già innescato anche in settori diversi da quello strettamente penalistico e che ha trovato sistemazione compiuta nell'opera di Hans Welzel².

¹ Sulla cui validità come metodo di interpretazione rimane fermo l'insegnamento di R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, p. 77.

² L'«ontologismo welzeliano» è, da molti, fatto derivare dal sistema filosofico di Nicolai HARTMANN. Ricordiamo Karl Engisch che denominò Hartmann «il garante» di Welzel, cui seguirono, ad es., Hall che parlava di Hartmann come il «maestro filosofico dei finalisti»; Würtenberger che parlò di «accettazione acritica» di quei postulati; Klug che considerò una «tesi classica del finalismo» l'inclusione del dolo e della colpa nel fatto tipico derivata dall'ontologismo del filosofo tedesco; Oehler che vide nella separazione tra dolo e colpevolezza una conseguenza dell'accoglimento della dottrina dei valori di Hartmann; sino ad Arthur Kaufmann che, dal punto di vista della teoria della conoscenza e della metafisica, tacciò di realismo ingenuo e acritico la dottrina della struttura logico-obiettiva (Cfr. E. BACIGALUPO, *Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht*, in *Festschrift für Albin Eser* (a c. di J. Arnold-B. Burkhardt-W. Gropp- H.G. Koch-O. Lagodny-W. Perron-S. Walther), München, 2005, pp. 64-65).

Nel prologo alla quarta edizione del suo *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (Göttingen 1961) – che citeremo più volte nel testo – WELZEL affermò di non aver mai preso posizione avverso queste critiche, posto che, per la scienza, dovrebbe aver importanza solo il contenuto di verità di una affermazione e non la sua origine (*das es in der Wissenschaft nur auf den Wahrheitsgehalt einer Sachaussage, nicht auf de-*

Stesso discorso vale anche per il «funzionalismo», senza nascondere – e quanto diciamo vale per tutti – che una teoria ha una storia difficile, a volte misteriosa³.

ren Herkunft ankommen sollte). Tuttavia, visto che quanto detto dai critici non corrispondeva a verità, Egli non ritenne di dover seguire a rimanere in silenzio.

WELZEL sostenne che gli spunti che gli permisero di formulare la dottrina dell'azione finalista non provenivano da HARTMANN, bensì dalla psicologia del pensiero, precisamente dalla prima opera del filosofo tedesco Richard HÖNIGSWALD (*Grundlagen der Denkpsychologie. Studien und Analysen*, München, 1921). WELZEL ammette, inoltre, ulteriori influenze provenienti dai lavori degli psicologi Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dai fenomenologi P. F. Linke e Alexander Pfänder (H. WELZEL, *Das neue Bild*, cit., Vorwort, IX).

Tutti questi lavori che apparvero tra il 1920 e il 1930, provocarono la rottura con l'antica psicologia meccanicista fatta di elementi e associazioni, mettendo in risalto una forma di atti spirituali che causal-meccanicisti non erano. Nel suo primo lavoro WELZEL chiamò questa forma di realizzazione «*sinnintentional*», e la studiò dall'azione interna degli atti di pensiero (*Denkakte*), così come dimostrato dagli studi degli autori citati, sino agli atti volontari e alla realizzazione della volontà, cioè della condotta esterna. Secondo WELZEL, *Hartmann* non ebbe alcuna influenza sugli autori summenzionati e sui loro lavori. Al contrario, raccolse nel suo pensiero le acquisizioni del corso non causale di certi atti spirituali (*seelischer Akte*) che solo dopo il 1930 sviluppò nelle sue grandi opere ontologiche in una teoria generale degli strati dell'essere, e ricordando che fino al 1920 era considerato un neokantiano che sviluppava un realismo critico sotto l'influenza della fenomenologia.

Scriveva WELZEL: «*L'analisi, di non comune chiarezza, della struttura dell'azione nella "Ethik" di N. Hartmann e nel suo "Problem des geistigen Seins" mi incitò a formulare nuovamente il mio pensiero nel mio libro su "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht" (1935) e a utilizzare quindi il termine più familiare "Finalität" al posto della rigida espressione "Sinnintentionalität". Misi tuttavia chiaramente in risalto, al contempo, che la legge strutturale della "Sinnintentionalität" continuava ad essere la base fondamentale della "Finalität" (Naturalismus, cit., p. 79, nt. 67).*».

In definitiva, quando WELZEL usa l'aggettivo «ontologico» (v. H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1930, p. 704) non muove dalla *Ontologie* di HARTMANN – e meno ancora ha a che vedere con l'ontologia dell'antica metafisica (pre-critica) – che è posteriore al tardo neokantismo di Bruno BAUCH (*Grundzüge der Ethik*, Stuttgart, 1935) e di Richard HÖNIGSWALD i quali avevano già sostenuto che «le condizioni della possibilità dell'esperienza sono allo stesso tempo condizioni della possibilità degli oggetti dell'esperienza». Da ciò si deduce che le «categorie della conoscenza» sono anche «categorie dell'essere»: non sono cioè solo categorie *gnoseologiche*, bensì (principalmente) *categorie ontologiche* (H. WELZEL, *Das neue Bild*, cit., Vorwort, X).

L'ontologismo si ritiene oggi superato, anche se non mancano discussioni recenti in argomento. Cfr. E. BACIGALUPO, *Die Diskussion über die finale Handlungslehre*, cit.; J. CEREZO MIR, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in *Festschrift für Albin Eser*, cit., p. 101 ss.; S. MIR PUIG, *Grenzen der Normativismus im Strafrecht*, in *Symposium für Bernd Schünemann* (a c. di R. Hefendel-W. Bottke), Köln-Berlin-München, 2005, p. 77 ss.; R.D. HERZBERG, *Gedanken zur finalen Handlungslehre*, in *Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Karl Heinz Kunert* (a c. di M. Tsambikakis), Baden-Baden, 2006, p. 1 ss.

³ La «finalità» come momento centrale dell'imputazione di una condotta anti-

In un secondo momento, mai assente, per la verità, nello svolgimento del primo aspetto, l'analisi giuridica ha avuto a oggetto il diritto positivo (italiano e straniero), in confronto e in contrasto con i concetti dottrinari, alcuni dei quali considerati ormai vetusti e, per ciò, abbandonati.

Una precisazione si rende ulteriormente necessaria, per chiarire l'oggetto e i limiti della presente indagine. La dimensione, volutamente contenuta, del lavoro, e che ne giustifica la collocazione editoriale, è il risultato di una scelta metodologica ben precisa. Sono stati privilegiati solo determinati aspetti della più vasta e complessa categoria della «tipicità» penale, oggetto peraltro di ampie e approfondite ricerche da parte della dottrina italiana e straniera.

Conseguentemente, le citazioni e i riferimenti agli scritti richiamati nel testo e nelle note rispondono alla citata premessa metodologica di prediligere un oggetto ristretto d'indagine, a scapito dell'erudizione, che dia però esattamente conto del problema che ci impegna e al quale proveremo a offrire una soluzione.

Occupandoci degli «elementi soggettivi dell'antigiuridicità», dell'evoluzione nel tempo di tale categoria dogmatica, viene subito in mente di trovarci di fronte ad un argomento superato o – peggio ancora – di fare dell'«archeologia» giuridica, sensazione mitigata da un sentimento di rassegnazione per aver trovato (apparentemente) già risolti i problemi interpretativi.

Ci si rende conto, invece, di trovarsi al cospetto di un argomento inattuale che tuttora può turbare quanti credono di aver raggiunto la certezza su certi argomenti: «fatto» e «colpevolezza», drammatico binomio.

Che questi siano gli estremi di un medesimo cerchio non rende comprensibili gli affanni della dottrina a convertire i «reati con tendenza interna eccedente» in reati d'evento o, almeno, a motivare un sentimento tanto complesso e radicato per anni nella scienza penalistica moderna avverso il disvalore d'azione.

Cercheremo di dimostrare che taluni dei temi più controversi (per tutti: l'«antigiuridicità») si delineano nella loro completezza solo se si mettono da parte pregiudizi ideologici e si prende a considerare quel fenomeno umano che è il reato come un'unità indissolubile e comprensibile solo se analizzato in una prospettiva di ri-composizione.

Gli elementi che compongono il reato talvolta affiorano e scom-

paiono, per poi riapparire, in un alternarsi di morfologie in grado di offrire sicuramente qualche difficoltà, ma che nulla concedono all'analisi serrata condotta con rigore tecnico-giuridico.

La stessa vicenda delle teorie multipartite del reato che sembrano creare delle architetture perfette viene posta in crisi, rivelando viepiù contraddizioni quando si abbandona il terreno naturalistico per esaminare il reato dal punto di vista normativo (id est, valutativo). L'accusa (apparentemente ingenua) mossa a quest'ordine di idee è la mancanza di unità, l'essere in contrasto con il dato positivo italiano e con una consolidata tradizione di semplificazione.

Pur prescindendo, nei limiti consentiti, dalle istanze teoriche di estrazione germanica – agli albori fortemente a-valutative – sembra quasi ovvio rilevare come ciò che troppi hanno affrettatamente classificato come il modello giusto da seguire altro non sia che il fedele specchio di un contesto culturale che a tratti assumeva le forme dell'accademismo.

L'eccessivo attaccamento a certe pre-figure della realtà normativa non deve far dimenticare che il dialogo scientifico fra l'Italia e la vicina Germania è stato molto intenso, e non è infrequente, nei manuali tedeschi del primo trentennio del '900, rinvenire citazioni di autori italiani presi a modello dai maggiori esponenti di quella cultura per l'originalità di impostazione e di soluzione di problemi pratici che, in un clima di esasperata astrattezza, non avrebbero trovato risposta. Basti richiamare, per tutti, le parole di Robert von Hippel citando Francesco Antolisei e i suoi studi in tema di reato omissivo⁴.

Da tali influssi era condizionata reciprocamente la dottrina più importante dell'epoca almeno fino alla fine del secondo conflitto mondiale, allorquando le due Scuole intraprendono cammini separati, giungendosi, in Italia, ad importanti – ancor oggi insuperate – elaborazioni teoriche, principalmente con le opere di Marcello Gallo, che hanno contribuito in modo definitivo all'affinamento concettuale della dogmatica giuridico-penale⁵.

Un lavoro, quello che segue, che si propone di ragionare congiuntamente per Autori e per problemi, con particolare attenzione al dato normativo e all'interpretazione sistematica dove la parola nuda ha il

⁴ R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Berlin, 1930, p. 376: «Auf richtiger Bahn bewegt sich Antolisei mit dem Hinweis auf die schuldhaftige Verursachung durch Unterlassung von Willensakten die vom Willen verhindert werden könnte». Il riferimento è a un fondamentale scritto di F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Bergamo, 1928.

⁵ Lo ricorda di recente D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 2ª ed., Torino, 2007, p. 77.

sopravvento, alla parola è affidato il compito di svelare l'«intenzione». Questo è insieme l'obiettivo e il limite del presente scritto.

Il presente «libellus» non avrebbe visto la luce senza gli incoraggiamenti del Prof. Marcello Gallo. Mi è grato a Lui dedicarlo.

Torino, 17 Marzo 2011

L'A.

Capitolo I

I «tipi» di parte speciale e del diritto penale Il dolo specifico

SOMMARIO: 1. Preliminari. – 2. Gli elementi soggettivi dell'illecito e la tipizzazione penale. – 3. La disputa sulla natura "oggettiva" o "soggettiva" del dolo specifico. Posizione del problema. – 4. La fattispecie penale. – 5. Il «fatto» nella legislazione vigente.

1. *Preliminari*

La descrizione della «fattispecie» penale, nelle diverse figure astratte, può variare a seconda delle epoche storiche, a seconda delle necessità di politica criminale ovvero della diversa tecnica legislativa. Fattori tutti considerati sinergici e dipendenti, altresì, dagli ambienti culturali di riferimento. Elementi che prima non erano contemplati sono successivamente introiettati nella struttura della norma oppure vengono da questa estromessi, in ossequio a precise esigenze.

Numerosi esempi si possono trarre dalla comparazione fra i vari ordinamenti; particolarmente nel settore dei reati contro il patrimonio (nel senso più lato del concetto) dove sono presenti diversi tipi descrittivi di fattispecie. Se pensiamo alla "rapina" ("robo" o "Raub") notiamo che l'impiego di determinate espressioni varia ("appropriarsi", "impossessarsi", "prendere", "sottrarre"), così i riferimenti al «mezzo» della violenza o di intimidazione alle persone o violenza alle cose; enunciati relativi all'"oggetto", che deve essere una "cosa mobile" e "altrui"; la previsione di «elementi soggettivi dell'illecito» (utilizziamo per il momento questa terminologia) come l'*animus lucrandi* o espressioni simili tipo "a vantaggio" proprio o di terzi o, a volte, "senza il consenso" della persona che la custodisce o "senza la volontà" del proprietario oppure con l'avverbio "fraudolentemente".

Sono immaginabili però "modelli" del delitto di rapina o di furto diversi da quello sostanzialmente enunciato, senza cioè la presenza dell'*animus lucrandi*, come avviene, ad es., per l'art. 326 c.p. boliviano o per l'art. 162 del c.p. argentino i quali fanno riferimento all'avverbio *illegittimamente* o per l'art. 331 c.p. boliviano sulla rapina che

non contempla neanche quest'ultimo elemento contrariamente all'art. 628 c.p. italiano e all'art. 188 c.p. peruviano.

Specularmente, il delitto di truffa contempla, all'art. 335 c.p. boliviano (*estafa*) o nel § 263 StGB (*Betrug*), un dolo specifico consistente nell'intenzione di procurare a sè o ad altri un indebito beneficio; formulazione diversa rispetto al nostro art. 640 c.p. così come all'art. 172 c.p. argentino.

Esistono altresì legislazioni che non distinguono in due precetti differenti il furto e la rapina, rimarcando taluni elementi normativi come l'art. 367 c.p. degli Stati Uniti messicani che sanziona il "robo" annoverando solo l'"altruità", richiedendo che l'impossessamento avvenga "senza diritto" e "senza il consenso" della persona che poteva validamente disporre.

Senza pretendere di offrire un panorama esaustivo della materia, che richiederebbe altra sede, sia sufficiente, *exempli causa*, far riferimento al materiale normativo preso in considerazione e chiedersi se, il ricorso a un determinato tipo di formulazione legislativa, risponda o no alle esigenze citate e quali conseguenze derivino dalla tecnica usata; ovvero se, talvolta, l'uso di certi elementi normativi al posto di (o in aggiunta ad) altri sia sovrabbondante oppure imprescindibile nella produzione dell'effetto giuridico della fattispecie.

Fra i tanti elementi costitutivi della fattispecie è possibile individuare – come noto – due tipi fondamentali, a seconda che si limitino a descrivere, astraendone, la realtà naturalistica, oppure richiama una dimensione normativa diversa da quella nella quale vanno a inserirsi.

Secondo una tesi, sono "tipi di mera descrizione obiettiva" quelli che presentano come nucleo la determinazione del "tipo" attraverso l'impiego di un verbo principale: "uccidere", "appropriarsi" ecc. accompagnati da riferimenti al soggetto attivo, al soggetto passivo, al tempo, al luogo, all'occasione e al mezzo. Si distinguono dagli elementi "normativi" veri e propri, detti anche "tipi anormali", perché, in questo caso, la funzione del giudice non è più meramente conoscitiva, consistendo, di contro, in un giudizio di valore dovuto all'inclusione di tali elementi nel giudizio di anti giuridicità¹.

A questa bipartizione, sempre sul piano dell'anti giuridicità, la dottrina ha aggiunto una terza classificazione racchiudente i c.d. "elementi soggettivi dell'illecito", diversi dagli altri perché impongono al giudice un'analisi più penetrante dell'intimo dell'agente.

Benché la distinzione sia da mantenere in ossequio al preciso det-

¹ Cfr. L. JIMÉNZ DE ASÚA, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 3ª ed., Buenos Aires, 1959, p. 253 ss.

tato dell'art. 47 c.p., non sembra possa continuare a predicarsi l'esistenza di dette categorie. Se molti verbi – come negli esempi proposti – sono meramente descrittivi di un dato esperienziale: la morte di un uomo provocata in stato di legittima difesa non costituisce omicidio e contraddice l'asseverazione verbale originaria, le qualifiche soggettive non possono certo definirsi alla stregua dei tipi di mera descrizione obiettiva.

La qualifica giuridica che ne deriva è normalmente rintracciata dallo specifico settore diverso da quello penale che le disciplina. Quanto detto vale non solo per le istanze dottrinarie proposte prima della riforma degli artt. 357 e 358 c.p. poi in esse trasfuse ma, soprattutto, per quelle proposizioni normative non oggetto di definizione dal codice penale per le quali, a seconda dei casi, la complessa disciplina deve, come detto, essere ricavata *aliunde*, oppure dalla specifica situazione “di fatto”. Un esempio di quest'ultima categoria può essere fornito dai c.d. «reati pseudo-propri» nei quali, nonostante la formulazione generica della norma “chiunque”, è dal collegamento con la normativa amministrativistica di settore che è possibile ricavare una nozione più ristretta di soggetto attivo, le cui caratteristiche, a cagione del ruolo di elemento costitutivo della fattispecie rivestito dall'autorizzazione, rifluiscono nell'oggetto del dolo o della colpa². Un motivo di riflessione sul punto è per tutti fornito dall'articolo 169 del D.lgs. 22.1.2004, n. 42: solo chi trovasi nelle condizioni descritte dal *sub* settore di riferimento può essere soggetto attivo del reato.

Muovendo dalla «soggettività giuridica» è giocoforza concludere che tutti gli elementi richiamati dalla fattispecie assumono un carattere normativo, costituendone la “tipicità” (oggettiva o soggettiva che sia), senza che tale affermazione lasci intendere di dover rinunciare alla distinzione fra elementi che assumono una dimensione naturalistica ed elementi che incorporano dati normativi diversi dalla norma incriminatrice.

2. Gli elementi soggettivi dell'illecito e la tipizzazione penale

Un discorso diverso va fatto per le “componenti soggettive dell'illecito” distinte dall'elemento soggettivo del reato, le quali esprimerebbero, secondo una dottrina che ha avuto in Italia un certo seguito, ancora ben radicata nei Paesi iberoamericani e di lingua tede-

² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 257 ss. parlava di “pseudolegittimazione” al reato, casi nei quali è il fatto a rifluire indietro sul soggetto, determinandone una qualità che è necessaria per l'esistenza del reato.

sca dove si fa riferimento, ad es. nei citati delitti di truffa e furto, ad una “Absicht rechtswidriger Zeugnung” o ad un “elemento subjetivo del tipo” che andrebbero studiati nella parte speciale del diritto penale³, altri elementi psichici o almeno determinabili psichicamente sia per cominciare a costruire il quadro dell’illecito, sia per creare qualificazioni o, al contrario, privilegi⁴.

Rimandando ad altra parte del lavoro l’analisi più puntuale della questione, ci sembra dover ulteriormente chiarire che la distinzione fra la tecnica descrittiva di una realtà naturalistica e la caratteristica puramente normativa di un elemento della fattispecie, deve continuare a predicarsi, oltre che per l’insuperabile dato normativo, per la caratteristica “frammentarietà” dell’intervento penalistico⁵, la quale dimostra, astraendo dal dato esperienziale, che non tutti gli aspetti naturalistici sono presi in considerazione.

Avviene infatti che, certi dati provenienti da settori diversi del-

³ E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931, p. 2. Cfr. altresì R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, pt. I, vol. I, 4^a ed., Torino, 1958, p. 357 s.

⁴ E.A. DONNA, *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Teoría general del delito*, I, Buenos Aires, 2008, p. 619 ss.; F. MUÑOZ CONDE e M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 7^a ed., Valencia, 2007, p. 278; J. WESSELS e T. HILLENKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil*, II, 25^a ed., Heidelberg, 2002, p. 210.

⁵ Al carattere “frammentario” del diritto penale (formulato a suo tempo da Karl BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 1. Band, 2^a ed., Leipzig, 1902, p. 20 ss., poi ripreso e approfondito particolarmente da M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (a c. di F. C. Schroeder-H. Zipf), Karlsruhe, 1972, p. 9 ss.) corrisponde, in conseguenza dei rilievi formulati, il carattere altresì autonomo e non meramente “sanzionatorio” dello stesso, derivante dalla nota di specificità che il fatto di reato presenta rispetto agli altri illeciti dell’ordinamento, e dalla funzione che esso ha di selezionare e di qualificare quelle situazioni di vita meritevoli di assurgere al rango di reati. Si leggano in argomento le chiare pagine di E. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, rist. 2009, p. 22 e 28 ss.

Per una precisa distinzione fra il carattere “frammentario” del diritto penale, attinente al suo stesso “modo d’essere”, e il criterio (principio) di “sussidiarietà”, inteso come scelte di politica criminale v. K. KÜHL, *Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht*, in *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag* (a c. di U. Sieber-G. Dannecker-U. Kindhäuser-J. Vogel-T. Walter), Köln-München, 2008, p. 29 ss.

È altresì vero che ogni ramo dell’ordinamento presenta delle esigenze e persegue dei fini suoi propri e non v’è dubbio che la configurazione di un illecito penale sia legata ai risultati che la norma cerca di conseguire e strettamente condizionata dal ramo del diritto in cui si pone. Com’è stato autorevolmente rilevato (G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, p. 1099) il problema “malamente impostato” del carattere sanzionatorio del diritto penale e della direttiva di politica criminale di “estrema ratio” dell’intervento penalistico, muove da un’esasperazione del concetto di “bene giuridico” «trascurando le modalità della condotta, che rappresentano forse il dato penalistico di maggior rilievo».

l'ordinamento penale, siano da questo assunti in modo diverso: è il caso in cui il legislatore utilizza la locuzione: "agli effetti della legge penale" o simili come accade, ad es., oltre che per le classiche nozioni di «pubblico ufficiale» o di «incaricato di pubblico servizio», per i «reati della stessa indole» di cui all'art. 101 c.p., per l'"ubriachezza abituale" di cui all'art. 94 cpv. c.p., e per i meno noti casi nei quali v'è, ai soli fini della legge penale, una definizione, destinata a prevenire possibili applicazioni analogiche, come avviene per il concetto di "documento informatico" di cui all'art. 491 *bis* c.p. ovvero per la nozione di "patrimonio"⁶.

Impostate talune delle coordinate lungo le quali muoverà la ricerca, ci sembra utile esaurire un ultimo argomento: l'utilizzo del «metodo storico» per lo studio delle fattispecie penali, del loro divenire e mutare sino alla loro scomparsa da un ordinamento storicamente dato.

Ci chiediamo, in altri termini, come incide (se incide), in una fattispecie che prima non lo prevedeva, la richiesta espressa di uno «scopo» che non è necessario si consegua.

Come si vedrà più avanti, lo «scopo» è stato spesso sostituito con l'"evento" del reato, nel tentativo – foriero di equivoci – di oggettivare al massimo l'illecito penale, a scapito del vero disvalore di questo espresso dalla condotta, ponendosi di contro solo come "evento mentale" ciò a cui l'agente tende, ma che non può in alcun modo – a pena di contraddire quanto si ritiene oramai concordemente – costituire un elemento esterno al fatto ma interno alla fattispecie, tuttavia irrilevante nell'economia di questa⁷.

È assai interessante, a questo proposito, dare un rapido sguardo alle linee secondo cui si è dipanata l'indagine sul dolo specifico.

L'atteggiamento iniziale è espresso in modo esemplare dal "metodo positivo", dai risultati dell'osservazione dei fenomeni secondo cui il *fine* propostosi dall'agente è inseparabile dal dolo generico. Nessuno – si dice – agisce senza uno scopo, manifestazione, a seconda dei casi, di una diversa pericolosità o antisocialità che consente all'interprete, da un lato, di graduare la pena e, dall'altro, di statuire in ordine alla maggiore o minore gravità del delitto⁸.

L'affermarsi delle correnti soggettiviste – soprattutto in materia di

⁶ V., per tutti, A. CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto*, Milano, 1983, p. 31 ss.

⁷ Sull'alterità del fine rispetto al fatto v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16^a ed., Milano, 2003, p. 362.

⁸ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 441. Cfr. altresì, E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, cit., p. 11.

delitto tentato – rappresenta nulla di più d'una semplice rilevazione dei caratteri esteriormente percepibili e degli aspetti più vistosamente funzionali, ma non consente di superare l'iniziale empirismo descrittivo.

Si avverte – dallo stesso Autore – la constatazione dell'essere lo scopo elemento costitutivo di vari delitti, per essere però dalla legge considerato come tale, non perché il dolo specifico consista in un momento oggettivo, costituendo, di contro, il vero spirito della volontà dell'agente.

Per rispondere a quest'obiezione indirizzata ai sostenitori della Scuola classica è necessario affinare l'indagine, svolgendola secondo un consapevole riferimento alle categorie generali che trascendono la specifica dimensione legislativa.

Interessante a tal riguardo è l'art. 364 c.p. 1889 il quale incriminava chiunque, «*a fine di uccidere...*», avesse cagionato la morte di taluno, inciso che non compare più nella formulazione dell'art. 575 c.p. 1930.

Volendo tentare una ricostruzione storica delle posizioni di pensiero (con una certa dose di imprecisione inevitabile in simili formule riassuntive), il dolo "specifico" era dalla dottrina considerato "oggettivamente" come uno "spartiacque" fra il delitto tentato, il delitto di lesioni personali e l'omicidio, per il quale evento-morte si è agito⁹.

Da un punto di vista psicologico, la possibilità che l'agente agisse con il "fine" prescritto della legge anche con dolo indeterminato o con dolo eventuale, potendo, inoltre, il "fine" concorrere con altri, essere, cioè, non esclusivo, portava gli interpreti, così come fecero successivamente i positivisti, a individuare il fine con l'"intenzione", intesa come coscienza di cagionare la morte¹⁰.

Il riconoscimento via via del carattere eminentemente relativo del concetto di "dolo specifico" emerge dall'analisi storica di un'altra disposizione di legge dalle vicende abbastanza travagliate e note, qual'è il delitto di "abuso in atti d'ufficio" di cui all'art. 323 c.p.

La mutevole formulazione dell'art. 323 c.p. a fronte di un modulo

⁹ V., per tutti L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, pt. II, 3ª ed., Torino, 1911, p. 299.

¹⁰ G.B. IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano*, vol. III, Firenze, 1891, p. 142; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I, 3ª ed., Paris, 1913, p. 581; B. ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie* (a c. di E. Pessina), vol. IX, Milano, 1909, p. 425: «*Si ha intenzione omicida, non solo quando la morte si prevede come certa, non solo quando il suo verificarsi pare di più di sì che di no; ma anche quando il sì ed il no sono ugualmente probabili, e quando il sì è un po' meno probabile del no*». Ogni altro "fine" poteva, a seconda dei casi, dar luogo all'omicidio preterintenzionale o all'omicidio colposo.

descrittivo ampio di fattispecie («abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni», commette «qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge» – formulazione originaria; ovvero «abusa del suo ufficio» – formulazione 1990) sino al limite della carenza di tipicità¹¹, ha visto, nell'ultima stesura ad opera della legge 16 luglio 1997, n. 234, la scomparsa del «dolo specifico», il quale, fino ad allora, aveva costituito l'elemento di tipizzazione ulteriore, oggettivo, della condotta base, selezionando e specificando i comportamenti che, da mero abuso disciplinare, diventavano, in tal modo, illecito penale¹².

La diversa tipizzazione dell'elemento soggettivo è strettamente connessa alla maggiore determinatezza dell'elemento oggettivo, arricchito sia nella modulazione della condotta, sia dall'effettiva realizzazione di un ingiusto vantaggio o danno, prima semplicemente oggetto della direzione finalista ora investito da un dolo particolarmente intenso¹³.

Se ne può concludere che il complesso dei «fatti» che, come vedremo, danno vita al concetto di «fattispecie», risponde ad un insieme di valutazioni normative del comportamento e delle necessità sottese alla posizione della norma nell'ordinamento. A queste corrisponde un diverso modo di intendere i due aspetti dell'illecito, con sbilanciamenti verso l'uno o l'altro a seconda delle esigenze di tipizzazione legate a necessità di politica criminale di prediligere un disvalore di condotta o di evento ovvero di incentrare la repressione su «momenti» prodromici rispetto al danno materiale ovvero su quest'ultimo.

La questione, pertanto, se il c.d. «dolo specifico» sia o no qualificabile come semplice forma di dolo, ovvero presenti delle caratteristiche che meglio esprimano la dimensione «oggettiva» dell'illecito penale, ovvero il «nesso funzionale» fra questa e la sfera psicologica,

¹¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 14ª ed., Milano, 2003, p. 344 cui rinviamo anche per le citazioni.

¹² Cfr., fra i positivisti, F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953, p. 177.

Con maggiore ampiezza L. PICOTTI, *Il dolo specifico nel «nuovo» abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione* (a c. di F. Coppi), Torino, 1993, p. 276. Cfr., altresì, C. Cost., 19 febbraio 1966, n. 7, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 984 ss. con nota contraria di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, p. 985 ss., part. 997 s. La «finalizzazione» della condotta verso un «ingiusto» vantaggio o danno risalta il carattere selettivo del dolo specifico, secondo l'analisi di C.F. GROSSO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a c. di F. Bricola-V. Zagrebelsky), vol. IV, 2ª ed., Torino, 1996, pp. 277, 280.

¹³ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 9ª ed., Milano, 2000, p. 262.

si rivela centrale in una indagine dedicata a taluni aspetti della tipicità penale, quali i c.d. elementi normativi «soggettivamente pregnanti», ai quali – come cercheremo di dimostrare – vanno riportati i casi contrassegnati da “dolo specifico”.

3. *La disputa sulla natura “oggettiva” o “soggettiva” del dolo specifico. Posizione del problema*

Benché – come visto – la locuzione “dolo specifico” sia stata dai positivisti esaltata come vera forma di manifestazione della volontà colpevole, il diritto positivo sul quale i seguaci della scuola classica hanno edificato le loro tesi, offre spunti autorevoli ed inequivocabili che possono essere intesi in ambo le direzioni: soggettiva e oggettiva.

I rapporti di coesistenza fra le norme penali evidenziano l'uso della tecnica del dolo specifico per differenziarle qualora coincidano per l'aspetto materiale e per quello soggettivo (artt. 605-630-289 *bis* c.p.), oppure quando esso accede ad un reato a dolo generico per *sub specificare* la rilevanza di certi comportamenti ai fini dell'aggravamento di pena (art. 306 c.p.)¹⁴.

D'altro canto, secondo la dottrina maggioritaria, per dolo specifico dovrebbe intendersi quella particolare intenzione o finalità indicata dal legislatore fra gli elementi costitutivi della fattispecie, la cui realizzazione non è necessaria per l'esistenza del reato¹⁵: una semplice forma di dolo caratteristica di una certa *pre*-consumazione del reato.

La dottrina francese, sul punto, ha offerto (ed offre) taluni spunti interessanti nel qualificare a dolo specifico talune fattispecie che, pur in assenza della precisa direzione finalista richiesta dalla legge, fossero manifestazione di un motivo specifico che avesse mosso l'agente¹⁶.

Così possiamo considerare tali – in base alla classificazione offerta da detta dottrina – tutta una serie di reati che contemplano una molteplicità di locuzioni strettamente inerenti all'elemento psicologico, quali ad esempio: «nell'interesse» (art. 257 c.p.), «a profitto di» (art. 314 c.p.), «in modo da» (art. 244 c.p.), «atti diretti a» (art. 241 c.p.),

¹⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 2ª ed., Torino, 1941, p. 650, il quale riteneva che, qualora fungesse da elemento per incriminare un fatto normalmente lecito, il dolo specifico non sarebbe stato altro che l'esplicitazione di un dolo generico

¹⁵ I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Padova, 2005, p. 294.

¹⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I, cit., p. 580 ss.

«procurare a sé o ad altri» (art. 629 c.p.), «per solidarietà», «per protesta» (art. 505 c.p.), «per disprezzo» (art. 345 c.p.), «atti di vilipendio», «atti di brutalità e oscenità» (art. 410 cpv. c.p.), «con artifici o raggiri» (art. 640 c.p.), «abusando» (art. 643 c.p.), «mendaci asserzioni» (art. 645 c.p.), «con minaccia o inganno» (art. 294 c.p.), «istiga» (art. 266 c.p.), «commette frode» (art. 252 c.p.), «tiene intelligenze» (art. 243 c.p.), «con inganno» (art. 260 c.p.).

Nella dottrina tedesca, come vedremo, queste qualificazioni psicologiche sono state denominate «*subjektive Tatbestandsmerkmale*» o «*subjektive Rechtswiedrigkeitsmomente*», senza che ne fosse stato inteso, in modo più o meno esplicito, il riferimento al dolo. Nella dottrina italiana, al contrario, non ci si è mai sforzati di elaborarne una categoria unitaria, preferendo concentrarsi sullo studio delle clausole c.d. di «illiceità speciale», «intrappolati» dalla denominazione «dolo specifico» e dai tentativi di dare maggiore concretezza a questa forma di manifestazione dell'atteggiamento interiore.

A ben vedere una ricostruzione logico-sistematica della categoria *de qua* non sarebbe in ogni caso possibile, dato che i richiami or ora fatti coinvolgono una serie di elementi normativi non riducibili ad unità.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla locuzione «in modo da» di cui all'art. 244 c.p., normalmente considerata un evento (di pericolo) del reato¹⁷, e il concetto di «intelligenze» dell'art. 243 c.p. ovvero gli «atti di brutalità e oscenità» richiamati dall'art. 410 cpv. c.p., che sono sì concetti normativi, ma da valutarsi oggettivamente secondo un parametro sociale, non espressivi però di una particolare forma di dolo.

Gli è che, solo taluni elementi normativi indicano atteggiamenti dolosi non altrimenti ricavabili se non dall'analisi della struttura oggettiva del reato, caratterizzati per lo più da certe espressioni che indicano una direzione della condotta; ciò che, con una terminologia pancivilistica, era stata definita la «causa del reato» nel senso di esprimerne il contenuto economico, di un tendenza oggettiva e deipsicologizzata della condotta verso un risultato¹⁸.

Fatte tali brevi (necessarie) premesse allo studio di questo particolare aspetto della tipicità penale, si palesa la necessità di collocarne lo studio all'interno dell'analisi della struttura del reato: ogni elemento deve poter trovare collocazione nella fattispecie, non per la sua na-

¹⁷ Cfr. G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4ª ed., 2007, p. 115.

¹⁸ F. CARNELUTTI, *Toria generale del reato*, cit., pp. 78, 135 ss., 148; ID., *Teoria del falso*, Padova, 1935, pp. 30 ss., 196 ss. dove si parla di *causa fraudandi*.

tura “ontologica”, ma per la valenza “epistemologica” che una scomposizione – per ricomporre – possiede nell’attribuire il giusto significato a detti elementi.

Occorre quindi prendere le mosse da un concetto di relazione i cui termini si identificano con la «fattispecie», sia in riferimento a questo o quel comportamento concreto, temporalmente e spazialmente individuati (fattispecie concreta) sia al tipo astratto di condotta, ipotizzata come coincidente con quella che forma oggetto della previsione contenuta nella fattispecie legale (o astratta).

L’una può presentare degli elementi non ricompresi nell’altra e viceversa, come, rispettivamente, gli «elementi negativi del fatto» e le «condizioni obiettive di punibilità». Rinunciare ad esaminarli nelle rispettive “posizioni” significa *rinunciare alla nozione di «fattispecie» e, quindi, alla stessa nozione di tipicità*.

4. *La fattispecie penale*

Lo studio della «fattispecie» penale è il punto di partenza obbligato per qualsiasi indagine sulla tipicità penale, sia che essa si fermi a un’analisi statica, sia che riguardi il suo momento dinamico, qualora abbia a riferirsi a rapporti (intertemporali, spaziali, di coesistenza) con altre fattispecie, sino ad ampliare le tematiche di riferimento estendendole ai “soggetti”, centro di imputazione di fatti e conseguenze giuridiche.

Frequenti sono le ricostruzioni del pensiero di quegli Autori che hanno dedicato ampie indagini tese a chiarire il significato e il ruolo del “fatto” nella teoria generale del reato; studi che hanno poi portato a formulare i corollari del principio di legalità, quali quelli di “materialità”, di “determinatezza” (o di precisione) e di “tassatività” (divieto di applicazione analogica)¹⁹.

Interessa preliminarmente chiarire cosa intendiamo per «fattispecie» penale e quali benefici una nozione così offerta può portare all’esegesi giuridica e allo studio che ci apprestiamo a compiere.

L’apparizione del primo lavoro di *Ernst von Beling* nel 1906²⁰ ha rappresentato, nello studio dell’illecito penale, una pietra miliare anche per la dottrina italiana; lavoro al quale molti degli autori con-

¹⁹ Per tutti, M. RONCO, *La legge penale*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, *La legge penale*, Bologna, 2006, p. 73 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, p. 104 ss.

²⁰ E. VON BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 110 ss., p. 144 ss.

temporanei si rifanno (e/o rimandano) e del quale si rende oggi tributaria quella parte della dottrina che divide il reato in tre elementi: «fatto tipico»-«antigiuridicità»-«colpevolezza».

Sono a tutti note le linee evolutive del pensiero dello studioso tedesco che ha dato vita alla “dottrina del *Tatbestand*”, patrimonio acquisito dai penalisti, anche perché assurge a una teoria generale, come modello cioè che trascende le singole legislazioni, valido sempre, proprio per la regolarità con la quale si presenta.

Il discorso non può però arrestarsi a una pura enunciazione di principio, dovendo il teorema, di contro, essere dimostrato sul terreno del diritto positivo, nella specie quello italiano, che già conosce, a livello lessicale, l'uso del termine “fatto” in numerose disposizioni di legge²¹. Un discorso di teoria generale, per essere valido, deve condursi sul piano normativo e solo a conclusione dell'iter argomentativo potrà avere dignità di categoria dogmatica²².

Secondo il *Beling* il «*Tatbestand*» (lett. “stato di fatto”) costituisce «il complesso degli elementi che danno il concetto del “tipo”» e deve essere tenuto distinto dall'*antigiuridicità* (die *Rechtswidrigkeit*) e dalla *colpevolezza* (die *Schuld*). Non v'è reato se l'*azione* non corrisponde a un “tipo” di reato stabilito dalla legge. Solo il «*Tatbestand*» dà la sicura impronta dell'azione criminosa. Ricavabile dalle singole leggi penali, esso si riferisce al lato obiettivo e ne costituisce il *punto centrale* al quale sono estranei quegli elementi accidentali o esterni al fatto (come le condizioni oggettive di punibilità) e al quale deve riferirsi il lato interiore del reo perché si possa parlare di *colpevolezza*. Con altre parole: è uno *schermo descrittivo*, qualcosa di diverso dall'«azione» e dall'«antigiuridicità». È solo grazie a questo che le forme di manifestazione del reato (per tutte: il tentativo, il concorso di persone nel reato) acquistano un significato²³.

²¹ È stato, infatti, rilevato, dagli studiosi di teoria generale del diritto, che, oltre alla possibile rilevanza della nozione di *fattispecie* nell'interpretazione di alcune norme di diritto positivo è possibile, a maggior ragione, che un contributo alla nozione stessa venga dall'interpretazione di quelle. Così, G. LAZZARO, *Teoria generale e interpretazione nel concetto di «fattispecie»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 41.

²² Interessanti, soprattutto per il penalista, sono quelle indagini che hanno cercato di chiarire i rapporti fra teoria generale e dogmatica. I concetti di teoria generale rappresenterebbero un insieme coerente di simboli, cui solo la dogmatica (intesa come interpretazione di un insieme di norme) può dare un significato. In tal modo sarebbe possibile verificare l'idoneità di tale insieme di simboli a descrivere – sia pure al massimo livello di astrazione possibile – il contenuto di quell'insieme di norme. Si veda L. FERRAJOLI, *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 58.

²³ In posizione critica, sul punto, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959 (rist. 1981), pp. 21-22.

E sul punto, come detto, converge la maggior parte della dottrina italiana²⁴.

Successivamente, in un fondamentale scritto, anticipato da alcuni lavori²⁵, il *Beling* modificò la sua originaria impostazione, sostenendo che il «Tatbestand» non si identificasse col *tipo*, con il fatto materiale *sic et simpliciter*, ma ne costituisse il nocciolo centrale, potendo la configurazione criminosa contenere anche linee tipiche estranee al «Tatbestand», come specifiche condizioni obiettive di punibilità.

La terminologia cambia in questi ultimi lavori, dove si introduce una nuova espressione per designare il «Tatbestand» concepito nel modo appena detto: si propone di chiamarlo «Leitbild» (quadro dominante).

Tale espressione, che evoca un mutamento, oltre che terminologico, soprattutto concettuale, lascia trasparire una relazione di reciproca dipendenza fra la nozione ristretta e la nozione ampliata di «fattispecie»; nozioni che non solo non si escludono a vicenda ma svolgono una precisa funzione sul piano esegetico.

Se noi prendiamo – prosegue l'Autore – la fattispecie “furto”, troviamo che tutti i suoi elementi, tanto obiettivi quanto subiettivi, sublimano nel “quadro” dominante “sottrazione di una cosa mobile altrui”. Così come per il tipo “lesione personale con esito mortale” è fondamentale il “quadro” rappresentativo “maltrattamento o danneggiamento della salute”. Lo stesso discorso vale, *mutatis mutandis*, anche per il “quadro” dominante «uccisione di un uomo» tracciato dalla fattispecie di omicidio che comprende tanto l'aspetto

²⁴ Il riferimento al pensiero del *BELING* costituisce – nell'orbita del presente lavoro – una base di partenza per meglio spiegare, in un discorso storico, come si sia giunti, muovendo da premesse a-valutative, alla formulazione della teoria degli «elementi soggettivi dell'antigiuridicità». È nostro convincimento, infatti, che la precisazione concettuale raggiunta dal *BELING* nello studio analitico del reato abbia rivestito somma importanza nell'evoluzione della dottrina successiva, con riflessi determinanti anche presso gli autori contemporanei, i quali, riferiscono il «Tatbestand» al fatto tipico materiale. Non intendiamo, per quanto detto, fornire alcuna rivisitazione del pensiero dell'A., la cui elaborazione teorica costituisce per noi unicamente una “premessa metodologica”, essendo – fra l'altro – il punto di arrivo di una discussione iniziata già anticamente. Il merito dello Studioso tedesco è stato non solo quello di aver offerto una nozione sistematica e completa, ma soprattutto di aver destato l'interesse della dottrina dell'epoca che, attraverso un lavoro di dogmatica pura, ne ha fatto l'argomento centrale della scienza penalistica. Cfr. W. CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, (Breslau 1933), rist. Frankfurt a. M., 1977, p. 10 ss. Il lettore italiano potrà giovare della consultazione dell'opera di A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, p. 404 ss.

²⁵ E. VON BELING, *Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen*, 11ª ed., Tübingen, 1930, pp. 24-25.

obiettivo quanto quello subiettivo dell'illecito: l'intenzione di uccidere²⁶.

Ora, non sembra che sul punto possano sorgere questioni, dato che è insegnamento risalente al Carrara la distinzione fra aspetto materiale (*forza fisica*) e momento psicologico (*forza morale*) del reato. Basta poi considerare ulteriormente la possibilità che il «Tatbestand» di un'astratta figura criminosa sia in concreto riconducibile a più specie di reato per intendere l'esatta portata della teoria in parola, inutilmente esasperata dallo «studio analitico» del reato: il «fatto» deve essere calato nella realtà effettuale affinché possa presentare un'utilità ai fini del diritto e possedere, quindi, una propria vitalità.

Questa estrema tensione tra verifica nel mondo delle relazioni umane e corrispondenza alla descrizione normativa²⁷, avrebbe dovuto gettare una luce nuova sui rapporti tra «fatto» e «antigiuridicità»²⁸.

Ha, invece, sancito definitivamente l'abbandono della concezione unitaria del reato, verso una netta separazione tra «fatto», «antigiuridicità» e «colpevolezza», imponendone uno studio separato, foriero di molteplici confusioni, alcune delle quali emergeranno nel corso del presente lavoro²⁹.

La necessità di superare la distinzione fra «tipicità» e «antigiuridicità formale» emergeva dagli epigoni della speculazione belinghiana, allorquando, nell'includere nel *Deliktstypus* il corrispondente contenuto di «illecito» e «colpevolezza», riconosce, d'accordo con la moderna «dottrina del tipo» e contemporaneamente all'affermarsi delle correnti finaliste, l'esistenza di elementi soggettivi e normativi della fattispecie. L'incongruenza fra le premesse adottate e le conclusioni cui giunge l'Autore e – conseguentemente – coloro che a quella costruzione si ispira(ro)no è data dalla ostinata separazione nel *Leitbild* di un nucleo «descrittivo» dalla complessa costruzione valutativa del «tipo»³⁰, mentre era già compiuto il passo ulteriore di elaborazione delle categorie della tipicità «intermedie», la cui astrazione generaliz-

²⁶ E. VON BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, edizione separata e allegata ai *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (a c. di A. Hegler), Tübingen, 1930, p. 3 ss.

²⁷ P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, Milano, 1940, p. 6; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, pp. 6 e 83 ss.

²⁸ Cfr. K. ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, Bd. I, p. 401 ss., spec. 409 ss.

²⁹ V. sin da ora M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Un "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1646 ss.

³⁰ E. VON BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 14, p. 17.

zatrice, negli studi sulla “parte speciale del diritto penale”, impose il superamento della distinzione suddetta³¹.

In questa sede noi non ci occuperemo della «colpevolezza», se non per brevi cenni, qualora dovessero reputarsi indispensabili.

Affronteremo invece *funditus* il “fatto di reato” nella sua dimensione legale offerta dal legislatore segnatamente alla problematica dei c.d. «elementi soggettivi dell’antigiuridicità» che noi qui denominiamo «elementi soggettivi della tipicità».

5. Il «fatto» nella legislazione vigente

Prima di giungere a una “bozza” di conclusioni sull’argomento dobbiamo, da un lato, verificare se la nozione di «fatto» per il diritto penale elaborata a livello di teoria generale tragga delle conferme dal formante legale; dall’altro nel capitolo successivo, considerare le tensioni che, a partire dall’opera del *Beling*, è dato rilevare tra «fatto» e «antigiuridicità».

Riguardo al primo punto, balza agli occhi l’uso del termine «fatto» in molteplici disposizioni, prima fra tutte, per il preponderante interesse che presenta, quella che disciplina l’errore di fatto “sul fatto” (art. 47, I comma, c.p.) e l’errore su legge extrapenale che abbia a sua volta cagionato un errore «sul fatto» che costituisce il reato (art. 47, III comma, c.p.). Non è necessario spendere molte parole per dimostrare che il termine «fatto» è stato qui inteso come “momento oggettivo” del reato, come accadimento materiale nei due segmenti strutturali della condotta e dell’evento naturalistico (ove previsto)³².

A riguardo, la terminologia legale tedesca – per citare un sistema più vicino a quello italiano – si esprime in termini di errore su elementi del fatto (§ 16 *StGB*: *Irrtum über Tatumstände*) e solo successivamente introduce il termine «Tatbestand» accompagnato dall’aggettivo “gesetzlichen” a indicare appunto l’appartenenza di quel «fatto» alla previsione legislativa³³.

³¹ E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, cit., p. 5 s. Cfr. altresì, F. ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 403 s.

³² La dottrina italiana più recente tende a superare la distinzione fra “reati di mera condotta” e “reati di evento”, sostenendo che in tutti reati è presente una «situazione finale» conseguente all’agire o all’omettere. Così M. RONCO, *Il reato*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, *Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto*, Bologna, 2007, p. 124 s.

³³ § 16 *StGB*: «Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum

La proposizione fortemente asseverativa dell'art. 47 c.p. ci consente di non indugiare ulteriormente nella ricerca del materiale normativo più interessante e di proseguire oltre per vedere se esiste una terminologia legislativa che evochi quella che per noi è da considerarsi la «fattispecie penale».

Qualsiasi codice penale, s'insegna, può essere il frutto di una dogmatica, ma non può costituire esso stesso una dogmatica; non può insomma vincolare l'interprete a un atto di fede nei confronti del lesico del legislatore.

Se, come visto, il termine «fatto» ricorre in numerose disposizioni (artt. 48, 49, I comma, 59, IV comma, c.p. ecc.), non altrettanto accade per il termine «fattispecie» che, è facile intuire, non è mai evocato. Ciò si spiega, per un verso, per il non compiuto approdo del dibattito scientifico dell'epoca a soluzioni appaganti e comunemente accolte; da altro punto di vista, con l'intenzione dei compilatori di non abbondare con termini di pura estrazione dogmatica che avessero potuto porre dei limiti allo sviluppo teoretico successivo³⁴.

Una disposizione chiarificatrice è rappresentata dall'art. 44 c.p. per il quale l'autore risponde del reato anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.

In questo caso il codice si è riferito al reato in senso diverso e più ampio rispetto all'art. 47 c.p. (fatto costitutivo di reato), comprensivo, quindi, di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, la cui punibilità è tuttavia sospesa. Dato che tutti gli elementi condizionanti una conseguenza giuridica soggiacciono all'espressa previsione di legge, è giocoforza considerare le condizioni obiettive di punibilità siccome «interne» alla fattispecie legale ma «esterne» rispetto al reato perché non è necessario, secondo la lettera della legge, che rientrino nell'oggetto del dolo o della colpa.

La sfasatura così risultante consente di escludere che le condizioni obiettive di punibilità siano un caso di responsabilità oggettiva (o anomala) sol che si ponga la questione in termini di «interesse» piuttosto che di «rapporti» fra elementi indispensabili a certi effetti. Breve.

gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich». Sul punto, per tutti, J. VOGEL, *sub* § 16, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar* (a c. di H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann), 12^a ed., Berlin, 2007, p. 1119.

³⁴ Cfr. quanto riportato da C. SALTELLI e ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale*, vol. I, pt. I, Torino, 1931, p. 357, a proposito dell'art. 59, I comma, c.p., secondo i quali sarebbe stato compito della dottrina stabilire che cosa avesse voluto intendere il codice con la locuzione «circostanze di esclusione della pena».

I legami tra reato e condizioni obiettive di punibilità non vanno impostati a livello della causalità giuridica come relazione fra concetti, ma come relazioni tra due piani d'interessi, l'uno interno e l'altro esterno, concernenti rispettivamente il sorgere della caratteristica situazione che l'ordinamento giuridico penale prende in considerazione e valutazioni di mera opportunità che riguardano unicamente la validità concreta della tutela³⁵.

La «fattispecie» penale si presenta, in questi casi, più ampia rispetto alla nozione di «fatto» che conosciamo: «reato», secondo la terminologia del codice.

A questo caso può – solo in parte – essere ricondotto il fenomeno del «reato circostanziato», il quale è, di per sé, “perfetto”, e sul quale le circostanze influiscono sul piano del *quantum* della pena e con differenze notevoli in relazione al loro regime di imputazione, a seconda che si tratti di aggravanti o attenuanti.

A mo' di primo avvicinamento alle conclusioni possiamo dire che «fatto» e «fattispecie» stanno fra loro in relazione di parte a tutto e che, solo per ossequio a una terminologia oramai acquisita, il «fatto» sta a indicare il reato al completo di tutti i suoi elementi essenziali e accidentali³⁶.

Possiamo, a questo punto, sostenere che la «fattispecie» comprende tutti gli *elementi oggettivi e soggettivi, positivi e negativi necessari per la produzione di un effetto o di un insieme di effetti giuridici*.

Una concreta dimostrazione dell'assunto in termini di diritto positivo, è offerta dall'esegesi dell'art. 2, IV comma, c.p.: «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo...». Il confronto fra più “tipi legali”, secondo il significato che noi attribuiamo al termine “legge” utilizzato dal legislatore, non può avvenire se non secondo un'ermeneutica che ponga in relazione fra loro le fattispecie così come concretamente realizzate. Il ‘quadro’ che ciascuna delle «fattispecie astratte» tratteggia deve necessariamente vivere nelle «fattispecie concrete» attraverso l'individuazione della legge più favorevole (che ben può essere quella anteriore), la quale contiene un nucleo comune alle varie “specie di fatto” in successione temporale³⁷.

³⁵ Contra U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 4ª ed., Milano, 2006, p. 10 e nota.

³⁶ V., ad es., A. PAGLIARO, voce *Fatto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 957.

³⁷ Per questo approccio problematico v. G. RUGGIERO, *La successione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 331 ss.

La elaborazione di una nozione “ampia” di «fattispecie» è la risposta positiva alla domanda se la natura dei “fatti giuridici” (fra i quali rientra anche la colpevolezza) consente la loro riduzione a un concetto generale che li comprenda in una superiore unità. Esigenze di tipicità legate al preciso dato racchiuso nell’art. 25, II comma, Cost. e nell’art. 1 c.p. impongono di vagliare, ai fini della produzione di effetti giuridici, se tutte le componenti del reato richieste dalla fatti-

Cfr., altresì, R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, p. 348 ss., il quale, muovendo dal concetto di «sottofattispecie» elaborato da certa dottrina in tema di concorso apparente di norme, non lo ritiene esaustivo, siccome fondato su di un approccio meramente “in concreto”, senza una solida base epistemologica e dogmatica, e che celerebbe non poche insidie, relativamente ad una possibile retroattività della legge penale incriminatrice camuffata dalla norma successiva (per questa osservazione v. già G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2007, p. 90 in nota).

Secondo l’A. è necessario selezionare le ipotesi speciali che permettono la persistenza della fattispecie, o sottofattispecie, utilizzando le circostanze proprie e quelle tra le improprie che sono determinate, ad es.: patrimonialità del danno, realizzazione del dolo specifico, ingiustizia del danno ecc.

La «sottofattispecie» sarebbe, quindi, una stratificazione della fattispecie di parte speciale operata attraverso la combinazione di questa norma con le norme sulle circostanze e con l’art. 133 c.p., sempre nei limiti dei soli criteri di commisurazione che hanno mostrato determinatezza, e che infatti vengono utilizzati nelle riformulazioni delle fattispecie. Seguendo questo criterio, la sottofattispecie sarebbe una entità ontologica autonoma e tipica; ha un suo precetto, che approfondisce quello base, e una sua cornice edittale, che si ha applicando l’incremento per le circostanze. Le sottofattispecie nate da tale combinazione sono già tipiche. Se, di conseguenza, una riforma le colloca topograficamente in una figura di parte speciale ricavandole dalla pluralità dei precetti speciali che una fattispecie sempre ha, il fatto può essere continuamente punito perchè già allora era tipico e la colpevolezza si era formata su elementi di tipicità.

A noi sembra che l’angolazione prospettica scelta dall’A., denominata «tipicità stratificata», lasci fuori tutta una serie di casi di “interferenza” che una relazione prettamente strutturale non riuscirebbe a risolvere senza la «mediazione del fatto concreto». Anche il criterio della «specialità in concreto», basato sul raffronto fra l’art. 15 c.p. e l’art. 2, comma IV, c.p., affonda le sue radici – sempre se di epistemologia sia necessario “coprire” un istituto giuridico ogni qual volta non si riesca a dimostrarne la validità in termini di diritto positivo – nel normativismo, e nell’idea di «norma reale» in particolare.

Il criterio della «mediazione del fatto concreto», a ben vedere, non si aggiunge alla teorie strutturaliste, né ad esse si contrappone quale canone razionale per la soluzione delle antinomie, e neppure costituisce un’eccezione al principio di abrogazione: ma, piuttosto, un limite all’applicabilità di questo o, ancor più esattamente, una precisazione del suo significato.

La «sottofattispecie» finisce per risolversi in una sovrastruttura (una *specie* della *specie* di fatto) e giustificherebbe le perplessità di chi (G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, p. 146 ss.) teme un ampliamento a dismisura della nozione di tipicità.

specie legale, siano esse di natura oggettiva o soggettiva, si sono realizzate³⁸.

³⁸ Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *Il reato*, pt. I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, p. 46; M. KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zum Ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*, Frankfurt a.M., 1999, p. 8 ss.

A proposito della nozione di «tipicità» e sulla sua non completa sovrapponibilità al «principio di legalità» v. A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., p. 31 ss. e G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, Torino, 2006, p. 248 ss. Si vedano altresì i fondamentali lavori di M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979 e F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

Sul versante del diritto processuale, poi, l'elaborazione di un concetto di «fattispecie» che tenga presenti tutte le necessità sottese al rispetto del principio di tipicità, è strettamente collegata con l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, VI comma, Cost.). Breve. Se la motivazione è il processo logico di sussunzione del fatto sotto i criteri giuridici, la mancata ricostruzione di esso, nelle sue varie «circostanze», importa mancanza dell'applicazione di quella determinata norma giuridica che ad un fatto diversamente ricostruito sarebbe stata applicabile. E perciò, l'impossibilità per il giudice di ricostruire il fatto nei suoi elementi – naturalistici e/o normativi – si risolve in una omissione di valutazione di circostanze e di mezzi di prova e si rivela, in definitiva, come una mancanza di motivazione. In generale, sulle problematiche relative all'accertamento del fatto, e sulla correlazione tra accusa e sentenza, v. C. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, p. 186 ss. e *passim*.

La dottrina tedesca moderna distingue, per ricomprenderle in unità, due funzioni del «Tatbestand»: *Die Garantienfunktion des Tatbestandes* (la fattispecie è sempre la fattispecie legale: «gesetzlicher Tatbestand», in quanto solo la legge scritta può esserne fonte; con le parole di uno degli Autori più significativi: *Der Tatbestand ist zugleich die "Lex" i.S. des Grundsatzes "Nulla poena sine lege"*) e la *Fundamentalfunktion des Tatbestandes* (la fattispecie legale è il punto di partenza dell'esame giudiziale del caso). La «fattispecie», comprensiva delle azioni antiggiuridiche, permette di separare l'illecito punibile da quello non punibile. Dal punto di vista del diritto positivo, consente di formulare un giudizio in ogni caso solo provvisorio: rappresenta un indizio, una presunzione vincibile di antiggiuridicità, la quale, come conseguenza della tipizzazione in figura legale, non necessita di una prova positiva, presentandosi, invece, in rapporto di regola-eccezione. In questi termini R. MAURACH-H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8ª ed., Heidelberg, 1992, pp. 277-278. Cfr., altresì, W. HASSEMER, *Tatbestand als Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968, p. 13 ss. e *passim*.

Nonostante le diverse funzioni (e progressive erosioni) del concetto di «Tatbestand» nel diritto penale complementare, attenta dottrina reputa metodologicamente più corretto non abbandonare la funzione di garanzia rappresentata dal confronto fra il fatto concreto e la fattispecie legale, così come scolpito nell'art. 103 II GG. Cfr. K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, p. 85 ss.

La necessità, per la dottrina penalistica, di affiancare al termine «Tatbestand» un aggettivo che ne indichi l'appartenenza al mondo dei concetti o a quello degli accadimenti, esprime, per la comparazione giuridica, la non coincidenza concettuale del-

l'uso linguistico di detto termine. Com'è stato infatti chiarito, il «fatto materiale» è, nel diritto processuale, espresso con il termine «Tat» che, nel diritto sostanziale, non svolge alcuna funzione dogmatica precisa. Cfr. M. MAIWALD, *Prefazione* a E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, XVI. Sul concetto di «fatto» in senso processuale v., per tutti, U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, 2^a ed., Berlin-Heidelberg-New York, 2006, p. 287 s.; L. MEYER GOSSNER e J. CIERNIAK-O. SCHWARZ, *Strafprozessordnung*, 52^a ed., München, 2009, p. 1057.

Capitolo II

Su taluni aspetti della tipizzazione penale

SOMMARIO: 1. I rapporti fra «antigiuridicità» e «tipicità». Impostazione del problema. – 2. Antigiuridicità e qualifiche funzionali. – 3. Gli elementi “negativi” della fattispecie penale (Segue). – 4. La teoria degli «elementi negativi del fatto» e le attuali dottrine della colpevolezza. – 5. Critica. – 6. (Continua) Elementi negativi della fattispecie penale e formule decisionali. Osservazioni sul concetto di «fatto» nel processo penale.

1. *I rapporti fra «antigiuridicità» e «tipicità». Impostazione del problema*

Dopo avere impostato sia l'oggetto della ricerca che il metodo, passiamo ad esaminare la categoria dogmatica dell'«antigiuridicità». L'interesse che essa suscita per l'indagine che stiamo sviluppando è dovuto al fatto che da quando è stata scoperta, non sembra che i termini della questione siano stati superati, né che, tantomeno, si sia approdati a delle soluzioni, almeno provvisoriamente, certe.

L'«antigiuridicità» è – secondo una terminologia diffusa – una teoria del “conforme al diritto”. Le condotte che, malgrado la realizzazione del fatto, non sono, nel caso particolare, antigiuridiche, sono irrilevanti per il diritto penale¹.

Senonché la teoria sulla quale, in linea di prima approssimazione, si potrebbe anche convenire, non enuncia solo un criterio di qualificazione o di valutazione normativa ma introduce nella struttura del reato un elemento ulteriore, che si situa fra l'elemento materiale e l'elemento morale – l'«antigiuridicità» appunto – necessario per intendere il complesso fenomeno della «giustificazione»².

¹ R. MAURACH e H. ZIPF, *Strafrecht*, cit., p. 333 ss. Nella dottrina italiana, per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Torino, 2006, p. 341.

² La dicotomia enunciata nel testo costituisce la premessa metodologica del fondamentale lavoro di H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 9, 15 ss., 80 ss.

Sotto il primo profilo, non si capisce perché l'«antigiuridicità», elemento del reato, debba essere intesa come categoria che sottintende espressa la valutazione del legislatore di quella determinata situazione di vita. Se una presa di posizione normativa vi è, nel senso di stabilire obblighi e doveri a contenuto positivo o negativo, ritenere che tale statuizione costituisca un elemento del reato si risolve in un pleonismo, perché *le qualifiche giuridiche non sono suscettibili di essere ridotte a componenti strutturali*: la qualifica investe tutta la «fattispecie», non una parte sola di essa.

Cosa diversa, infatti, è lo studio dell'«antigiuridicità» da un punto di vista dogmatico nella prospettiva però di ricomposizione a unità di quel fenomeno umano che è il reato; altra invece è pretendere di studiare, per separare, le componenti del reato, quasi che queste possano vivere disgiuntamente³.

D'altro lato, introiettare nell'articolazione del reato un elemento *ad hoc* per spiegare l'operatività delle c.d. «cause di giustificazione» è operazione sulla cui correttezza ci sia consentito avanzare più di un dubbio. Ma di ciò oltre.

Preme adesso comparare talune affermazioni che, a mo' di primissime conclusioni abbiamo ritenuto di formulare, con certe caratteristiche della «fattispecie penale»; operazione che ci aiuterà a meglio individuare le relazioni fra «tipicità» e «antigiuridicità».

Lo studio del reato secondo uno schema tripartito raggiunge la sua perfezione con l'opera di *Giacomo Delitala* del 1930, i cui approfondimenti successivi hanno, in un certo senso, 'tradito' gli originari intendimenti dell'illustre Autore. Egli aveva infatti preannunciato lo studio del «fatto di reato» lungo le "tre indagini distinte"⁴ del

³ Sulla categoria dell'«antigiuridicità» v., fra tanti, A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947; B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 4ª ed., Padova, 1966, *passim*, spec. p. 48 ss.; G. VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 427; M. GALLO e P. SEVERINO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, 1988, p. 1 ss.; G. MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, p. 173 ss.; R. DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958, p. 542 ss. Per ulteriori riferimenti, anche di diritto straniero, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4ª ed., München, 2006, p. 600 ss.

⁴ G. DELITALA, *Il "fatto", nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 13. Del volume citato si leggano le pagine dell'*Introduzione*, particolarmente significative per comprendere, nella sua esatta dimensione, il pensiero dell'Autore: «*Lo studio dei singoli elementi o delle singole note che costituiscono o caratterizzano il reato non può, infatti, essere fruttuoso senza una chiara visione dei nessi che intercedono fra l'elemento che si studia e tutti gli altri, poiché le parti di un tutto sono fra loro distinte, ma non separate*» (p. 8). In uno scritto successivo (G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 7 estr.), la posizione precedentemente assunta risulta ulteriormente approfondita quando l'A. chiarisce i rap-

«fatto», dell'«antigiuridicità» e della «colpevolezza», e cioè di quelli che possiamo definire i «tratti salienti» dell'illecito penale. La scomposizione del reato in tanti elementi quanti sono quelli che ne scolpiscono la fisionomia, oltre a rispondere a esigenze di carattere didattico, ha la precipua funzione di caratterizzarlo rispetto agli altri illeciti contemplati dall'ordinamento⁵.

Le esigenze di tipizzazione della fattispecie penale recano seco importanti conseguenze di teoria generale e applicative. Si chiarisce così perché, nelle previsioni dell'ordinamento penale, si dia rapporto di «specialità» fra le norme che tutelano interessi fra loro affini, e che, nel caso di specie, solo una si applichi in ragione della sua maggiore specificazione. E si comprende, altresì, perché la normazione penale, teleologica per definizione⁶, miri a soddisfare interessi specifici che solo in parte e in via del tutto eventuale coincidono con la previsione di norme extrapenali⁷, e si risolve, in definitiva, in una descrizione specifica di comportamenti lesivi di interessi assolutamente astratti (personalità dello Stato, ordine pubblico, fede pubblica ecc.), interessi cioè sforniti di una base naturalistica.

La tendenziale specificità della tipizzazione è intimamente correlata alle particolari caratteristiche dell'illecito penale. Lungi dall'occu-

porti fra la «fattispecie legale» e la «fattispecie concreta», nel senso che, qualora queste coincidano, si avrà concorso di norme; nel caso contrario, concorso di reati: «*Nel procedimento di astrazione proprio delle leggi le note caratteristiche dei singoli fatti concreti perdono necessariamente colore, e così può accadere che due diversi modelli legali possano, per la loro astrattezza adattarsi al medesimo fatto*».

⁵ Se l'opzione metodologica descritta risponde ad esigenze didattiche sul modello dell'accertamento processuale che ruota attorno al «fatto materiale», non significa che sia dogmaticamente corretto invertire l'ordine facendo precedere la trattazione dell'elemento soggettivo, perché l'analisi strutturale della condotta illecita non può prescindere dal contenuto del volere e della realizzazione o, più precisamente, «*dal punto di vista sostanziale, non è possibile comprendere il significato dell'aspetto obiettivo di una condotta, se non lo si considera come realizzazione di un volere*». Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Milano, 2003, p. 273 s. Ora, che il momento oggettivo del reato sia espressione del volere e con l'aspetto psicologico del reato si compenetri in modo più o meno significativo – come approfondiremo più avanti – attraverso gli «elementi normativi soggettivamente pregnanti», è dato sul quale non è necessario soffermarsi. L'elemento soggettivo del reato risulta tuttavia dalla volizione (nelle figure dolose) e/o dalla rappresentazione o rappresentabilità di tutti gli elementi positivi del fatto (negli altri casi), per cui l'individuazione di questi ultimi non può che essere preliminare all'analisi dell'elemento psicologico.

⁶ Cfr. M. GALLO, *Il contributo di Francesco Antolisei alle dottrine generali del diritto penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, p. 15.

⁷ Sul carattere «sanzionatorio» del diritto penale v., per tutti, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1947, p. 281, nota 12. *Contra* E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, cit., p. 86 ss.

parci dei problemi che ne pongono definizioni in senso meramente formale e in senso sostanziale, non interessanti per lo studio che qui ci occupa, ci sembra che si lascino apprezzare quelle dottrine che hanno viepiù fatto leva sul carattere personalistico dell'illecito penale, che costituisce il *pendant* di un suo altro aspetto preminente: l'essere cioè un *illecito modale*⁸.

A parte ogni considerazione ulteriore e anche volendoci fermare a una comparazione con il modello affine dell'illecito civile descritto all'art. 2043 c.c., appare chiaro come le previsioni penali siano maggiormente dettagliate e articolate così da limitare grandemente la sfera della loro applicazione. E, poiché l'ambito di applicazione e il grado di specificità di una fattispecie sono fra loro inversamente proporzionali, è agevole comprendere perché nell'art. 2043 c.c. resti compreso un numero notevole di comportamenti rispetto a quello (minimo) ricompreso nella singola figura incriminatrice⁹.

Ciò che rileva, in sostanza, non è la mera causazione oggettiva di un danno (circostanza condivisa con l'illecito civile), ma il fatto che la tipizzazione penale non può che essere *modalmente orientata*, rilevando le modalità appunto, i mezzi mediali che connotano la realizzazione della fattispecie, indissolubilmente legati all'atteggiamento psicologico del soggetto e all'accertamento della sua personalità secondo l'art. 133, II comma, c.p.¹⁰.

Trasferendo quest'ultima notazione sul piano della «tipicità penale», un più accentuato interesse dogmatico riveste l'indagine sulle differenze di fondo fra l'illecito civile e l'illecito penale. In quest'ultimo, l'interesse penalmente tutelato si specifica in stretto collegamento con la diversa forma che la tipizzazione assegna alla condotta nelle singole ipotesi criminose. La peculiarità dell'illecito penale non è messa in crisi neanche dalla grande dicotomia esistente fra reati a forma vincolata e reati causalmente orientati. Qui, infatti, oltre alle note oggettive particolarmente rigorose dell'accertamento causale, sia nelle modalità di realizzazione commissiva che omissiva (l'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. può dipendere dalla violazione degli obblighi più svariati purché assoluti, mentre il cpv. dell'art. 40 c.p. pone, come inderogabile, la giuridicità dell'obbligo), particolare pregnanza è attribuita alla verifica dell'atteggiamento soggettivo dell'agente che può essere costituito dal solo dolo, dal dolo e dalla colpa o dalla preterintenzione, così come all'accertamento della consapevolezza e rico-

⁸ M. GALLO, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 9 ss.

⁹ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, 11ª ed., Padova, 1982, p. 577.

¹⁰ Cfr. F. DASSANO, *Il danno da reato. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 1993, p. 68 ss.

noscibilità dell'obbligo di agire riguardo alle fattispecie omissive. L'illecito penale risulta, quindi, maggiormente circoscritto rispetto alla semplice causazione di un danno al quale segue un risarcimento, la cui misura può variare a seconda dell'atteggiamento psicologico¹¹.

Il «danno criminale», infatti, consiste in una interazione congiunta tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato¹²: ne costituisce, in sostanza, il contenuto¹³, che è diverso dal danno risarcibile, anche se talvolta con esso parzialmente coincidente¹⁴, ma molte volte a questo irriducibile per la presenza di numerose fattispecie che, pur essendo penalmente sanzionabili (delitti tentati, reati contravvenzionali ecc.), non presentano alcun contenuto patrimoniale (o non patrimoniale secondo l'art. 185, II comma, c.p.) risarcibile o indennizzabile.

L'art. 133 c.p. viene sovente presentato come un criterio di commisurazione della pena. Senonché, tale modo di presentare la disposizione *de qua*, è sicuramente limitativo da far apparire la norma una semplice specificazione dell'art. 132 c.p., se non un inutile dop-pione. Va inoltre notato che, nell'orbita di questa posizione di pen-

¹¹ Cass., sez. un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Nuova giur. civ. comment.*, 2008, p. 632, la quale precisa che: «L'atipicità dell'illecito attiene all'evento dannoso, ma non al rapporto eziologico tra lo stesso e l'elemento che se ne assume generatore, individuato sulla base del criterio di imputazione». Le pur «profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile ed accertamento dell'illecito penale, essendo il primo fondato sull'atipicità dell'illecito, essendo possibili ipotesi di responsabilità oggettiva ed essendo diverso il sistema probatorio» – prosegue la Cassazione – non sono tuttavia d'ostacolo all'applicazione dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., temperati dalla «regolarità causale», ai fini della ricostruzione del nesso eziologico» che «va adeguata alle peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile».

¹² Cfr. K. LÜDERSSEN, *Das moderne Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2004, p. 100: «Was eine Straftat von anderen Normverstößen in erster Linie unterscheidet, ist die subjektive Zurechnung».

¹³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 207.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., p. 629: «Mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale, ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale. Il «danno» rileva così sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica. Il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria aquiliana è quindi esclusivamente il danno conseguenza del fatto lesivo (di cui è un elemento l'evento lesivo). Proprio in conseguenza di ciò si è consolidata nella cultura giuridica contemporanea l'idea, sviluppata soprattutto in tema di nesso causale, che esistono due momenti diversi del giudizio aquiliano: la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità (per la quale la problematica causale, detta causalità materiale o di fatto, presenta rilevanti analogie con quella penale, artt. 40 e 41 c.p., ed il danno rileva solo come evento lesivo) e la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria».

siero, l'art. 133 c.p. è letto come se contenesse due blocchi contrapposti: il primo attinente alla gravità del reato, il secondo agli elementi dai quali si desume la capacità a delinquere dell'agente¹⁵.

In realtà, a parte le considerazioni già svolte, la stessa struttura dell'art. 133 c.p., nonché la sua rubrica, e il richiamo integrale di questo da parte dell'art. 203, II comma, c.p. lasciano intendere che il *valore sintomatico individuale* del reato¹⁶ deve essere considerato nella sua intierezza, sia a fini della ricostruzione del fatto oggettivo, sia delle individualità psichiche: elemento psicologico, capacità a delinquere e pericolosità sociale.

Il risultato più dogmaticamente apprezzabile che si estrae dalle considerazioni sopra fatte, si riduce alla constatazione che, mentre per l'illecito civile il «fatto» rappresenta una semplice “occasione” per la concessione di una misura compensativa quale il risarcimento del danno, per l'illecito penale esso rappresenta il “presupposto” per l'applicazione di una sanzione eterogenea a carattere afflittivo, estranea alla natura della prestazione o del comportamento dovuti¹⁷.

2. Antigiuridicità e qualifiche funzionali

Costituisce un semplice corollario di argomenti sui quali abbiamo già speso qualche parola e tutto sommato espressione di una concezione (ulteriormente) sanzionatoria del diritto penale, l'affermazione che una medesima condotta può essere simultaneamente ipotizzata da una norma penale, civile o amministrativa. L'eterogeneità dei due tipi di valutazione è il dato in base a cui si giustifica la coesistenza nei confronti di uno stesso soggetto e in ordine a una medesima determinazione obiettiva di condotta di tali situazioni, tra le quali il rapporto non è di antinomia, ma di alterità¹⁸.

L'argomento, la cui sistemazione non presenta particolari difficoltà, almeno alla stregua delle premesse qui seguite, merita di essere posto – seppur sinteticamente – in rilievo, soprattutto per esaltare il col-

¹⁵ Cfr. le puntuali osservazioni di M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, p. 107.

¹⁶ L'espressione è di F. GRISPIGNI, *Introduzione alla sociologia criminale. Oggetto e natura della Sociologia criminale - Il Metodo - Il concetto sociologico della criminalità*, Torino, 1928, p. 148 ss.

¹⁷ Sul diverso contenuto delle sanzioni “omogenee” ed “eterogenee”, queste ultime, a loro volta, distinte in “impeditive” e “afflittive”, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1982, p. 15 ss.

¹⁸ In argomento, G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo “statuto” della persona fisica e degli enti*, Torino, 2007, p. 147 s.

legamento fra la teoria del reato e la teoria del reo, dalla dottrina più autorevole sviluppato a partire dal valore sintomatico del reato. In altri termini, il reato richiede una partecipazione personalistica enormemente più penetrante dell'illecito civile: è manifestazione di un modo d'essere del soggetto agente¹⁹.

Sul versante della tipicità penale, l'art. 133 c.p. entra a comporre la norma reale, attribuendo anche alle fattispecie a forma libera le necessarie note modali e teleologiche che consentono al giudice di trasvalutare nella struttura dell'illecito quegli elementi in grado di far ritenere rispettato il principio di tassatività, dimodoché l'applicazione della pena sia espressiva del binomio: reato-qualità psichiche del reo²⁰.

¹⁹ L'illazione che un atto, per essere ritenuto proprio dell'agente, sia esso volontario o involontario, positivo o negativo, debba avere un valore sintomatico per la personalità dell'autore, costituisce – come noto – il nucleo centrale del concetto elaborato con il nome di *suitas* da F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, p. 59 s.: «quell'intima connessione tra il fatto esteriore e la personalità del soggetto che consente di attribuire il fatto al soggetto e considerarlo come suo».

²⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. I, cit., p. 173, p. 207; ID., *La personalità ed il valore sintomatico del reato*, in *Scuola positiva*, 1955, p. 263.

Cfr., altresì, S. RANIERI, *Reato e personalità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, p. 162. Un esempio molto interessante nel quale il legislatore ha dato preminente rilievo al fatto di reato come manifestazione della personalità del suo autore, data del complesso delle sue condizioni bio-psichiche, è la figura della *tendenza a delinquere* delineata dall'art. 108 c.p. In questo caso si richiede che il delitto commesso riveli una speciale inclinazione (intesa come notevole inclinazione) a delinquere dell'autore, specificando ulteriormente che tale inclinazione deve trovare la propria causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole, sempre che ciò non derivi da vizio totale o parziale di mente.

Ora, che l'art. 108 c.p. sia la codificazione di una fondamentale conclusione del positivismo criminologico italiano, non è da dubitare. Bisogna in ogni caso tenere presente che, nonostante sia stato soggetto a letture oscurantistiche che ne hanno vanificato l'applicazione da parte dei tribunali (v., quanto ai reali problemi applicativi, G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, 3^a ed., Bari, 1996, p. 277), dai rapporti tra l'art. 108 e l'art. 85 c.p. è consentito ricostruire nei termini più corretti il concetto di imputabilità secondo il codice Rocco, comprendente anche gli anormali nella coscienza morale: il delinquente per tendenza, pur essendo un soggetto "anormale" da un punto di vista sociale, rientra nel più ampio concetto di imputabilità (principio della responsabilità legale o sociale) patrocinato dalla scuola positiva. V., sul punto, R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, pt. I, vol. II, 4^a ed., Torino, 1958, p. 624 ss.

La tendenziale dipendenza culturale del codice Rocco dal positivismo criminologico emerge a chiare lettere dall'art. 134, III comma, del Progetto preliminare di codice penale del 1927 (in *Progetto preliminare di un Nuovo Codice Penale*, Roma, 1927, p. 52), che prescriveva al giudice di tenere conto «altresì della malvagità e della pericolosità del colpevole». La soppressione del predetto inciso – come risulta dalla *Relazione* al progetto definitivo del Codice penale del 1930 (v. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. I, Roma, 1929, n. 160 (art. 137), p. 190) – era stata decisa per «non lasciare dubbi che la pericolosità del

Non avrebbe senso, in un sistema penale ispirato al principio di necessaria offensività degli interessi tutelati da un ordinamento storicamente dato, applicare una sanzione criminale, se non fosse dato cogliere nel «fatto» la misura del disvalore dell'illecito realizzato, attraverso l'esame di una serie dettagliata di elementi indicati nell'art. 133 c.p.²¹.

Sulla base di simili premesse metodologiche si comprende l'aspirazione a cogliere nell'art. 133 c.p. un sicuro punto di partenza nell'individuazione degli elementi normativi soggettivamente pregnanti.

Riservandoci di tornare sul punto nella sede più acconcia del pro-

reo in tanto, nell'applicazione della pena, può essere tenuta presente, in quanto essa coincida con la capacità a delinquere». L'opinione dei Compilatori sulla nozione di *pericolosità* sociale come concetto più ampio della *capacità* a delinquere non emerge nitidamente, questo perché – riteniamo – era maggiormente avvertita la necessità di autonomizzarla rispetto all'imputabilità (*Lavori preparatori*, cit., p. 248), ma lascia intendere, per il suo accertamento, un riferimento a criteri ulteriori rispetto a quelli indicati nell'odierno art. 133 c.p. quale, ad esempio, l'*indole* del fatto commesso (*Lavori preparatori*, cit., p. 253).

La considerazione del momento genetico e di quello teleologico della norma, il momento astratto e quello concreto, i suoi riflessi individuali nei confronti del reo e sociali nei confronti della collettività, sono l'eredità più importante lasciataci dal dibattito delle scuole penalistiche italiane; corrente di pensiero che ha preso il nome di metodo *neoclassico* o – secondo la terminologia di colui che l'ha coniato – metodo *integrale*. Cfr. V. CAVALLO, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, *L'essenza del diritto penale*, Napoli, 1948, p. 97.

Negli epigoni di una delle fasi più fortunate per la scienza penalista italiana si era arrivati a sostenere – in modo del tutto indipendente dal finalismo (cfr. F. GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Scuola positiva*, 1950, p. 8 s.) – che ciò che più interessasse fosse lo studio del delitto doloso, ritenuto derivante da un'alterazione dell'affettività, mentre causa della colpa era considerata una «difettosità intellettuale». Così si espresse F. GRISPIGNI, nel II° Congresso di Criminologia di Parigi del 1950, inedito, le cui parole sono riportate da E. ALTAVILLA, *La scuola positiva e Filippo Grispigni*, in *Scuola positiva*, 1956, p. 6. In tempi più recenti si è espresso similmente, ad es., E. SCHMIDHÄUSER, *Vorsatz und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, p. 22: «Dass ganz regelmäßig zuerst das Vorsatzdelikt als das Grundphänomen bestimmt wird und dann erst das Fahrlässigkeitsdelikt als eine Art Anhängsel».

Per una trattazione che convincentemente ricomponne il dolo e la colpa nei loro giusti termini, v. M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, cit., p. 265 ss.

²¹ Cfr., sulla funzione svolta dall'art. 133 c.p. sul versante della funzione retributiva a specialpreventiva della pena, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, p. 590.

L'impossibilità per il giudice di poter concretamente approfondire i criteri enunciati dall'art. 133 c.p. ha portato la giurisprudenza ad avallare stereotipi e formali formule motivazionali, mai seriamente ispirate a quei criteri, con la conseguenza di doverne proclamare il fallimento. Così I. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 686. *Contra*, sull'attuale vitalità della norma, se rettamente intesa in seno al sistema, vigorosamente, G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, cit., p. 295 s.

sieguo del lavoro, possiamo considerare i “tipi” statici sostanziali previsti dall'art. 133 c.p. come fattispecie di ulteriori effetti giuridici, tra i quali il più interessante si identifica con la vicenda costitutiva dell'illecito a seguito dell'introduzione nell'economia della fattispecie di un elemento normativo di carattere oggettivo esprimente una tendenza verso un fine determinato.

Il c.d. «dolo specifico» partecipa della tipicità della fattispecie penale collocandosi all'interno dei «fatti» che la costituiscono, al pari degli elementi normativi che tradizionalmente conosciamo nella loro dimensione descrittiva, naturalistica o normativa che sia, e che contribuisce a dare compiuta fisionomia alla figura delittuosa cui accede²².

Sullo sfondo di una prospettiva così delineata, le alterne vicende del contrasto tra le teorie bipartite e le teorie tripartite sembrano degradate a espressioni di una contrapposizione (ideologica) tra atteggiamenti che l'esperienza giuridica moderna utilizza scambievolmente.

Devesi tener presente, a questo punto dell'indagine, che gli Autori hanno messo in relazione la doppia coppia concettuale: «pre-cetto-sanzione» e «fatto-antigiuridicità» siccome indissolubili. Queste non possono esistere l'una senza l'altra, rientrando in quel concetto superiore di “norma” dalla quale sorge l'*obbligo* di astenersi dal comportamento e il *diritto* di esigere una tale astensione²³.

Ciò porta a ritenere superabile il binomio “antigiuridicità oggettiva”-“antigiuridicità soggettiva” verso una considerazione unitaria del reato agitata da un continuo fluire della maggiore accentuazione ora del momento oggettivo ora del momento soggettivo, che non fa dimenticare, tuttavia, che la qualifica di antidoverosità (*id est*, di an-

²² Si v. quanto affermato da Corte Cost., 19 febbraio 1965, n. 7, in *Giur. cost.*, 1965, p. 53, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del delitto di abuso d'ufficio nei casi non previsti specificamente dalla legge, a' sensi del vecchio art. 323 c.p., ha posto sullo stesso piano le norme eterointegratrici del precetto penale (nella specie quelle del codice di procedura civile sugli obblighi del custode giudiziario) e il “dolo specifico”, ritenuto elemento essenziale per la sussistenza del reato. Cfr., altresì, C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 33 s. e nt. 20; R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, cit., p. 362 ss.

²³ B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., pp. 18 ss., 62 ss. 112 ss. L'A. precisa poi il suo pensiero a p. 70, nt. 100, dove, prendendo le distanze dal BETTIOL (*Sul metodo della considerazione unitaria del reato* in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 513 ss.), nega di essere un sostenitore della c.d. “considerazione unitaria del reato”. In realtà, se bene abbiamo inteso, il PETROCELLI distingue i vari elementi del reato a fini eminentemente scientifici ma nell'ambito di una loro visione unitaria. In polemica con il BELING, infatti, il PETROCELLI, contesta la giustezza del metodo seguito di separare – piuttosto che distinguere – la oggettività dalla soggettività considerando il fatto siccome avulso dagli atteggiamenti psichici: «Spirito e vita al di fuori della loro spoglia» (Id., *op. cit.*, p. 71 e nt. 103).

tigiuridicità) investe il reato nella sua totalità e che solo al termine di tale giudizio si potrà parlare di «fattispecie» penale.

Ribadita, di conseguenza, la necessità di considerare l'antigiuridicità come concetto dotato di autonomia, deve affermarsi la sua natura di figura di qualificazione che discende dalla norma reale e che investe tutti gli aspetti del reato, da quello oggettivo a quello soggettivo²⁴.

Sotto altro profilo e specularmente, la «fattispecie concreta» risponde all'esigenza di determinare i confini dell'illecito delineati con l'astrazione generalizzatrice, concorrendo alla trasmissione della «pretesa di adeguamento» ai destinatari delle norme²⁵.

E con ciò introduciamo un argomento ulteriore, concernente la possibile «divaricazione» fra l'«antigiuridicità formale» e l'«antigiuridicità sostanziale». Non c'è ragione né opportunità, coerentemente con le premesse seguite nell'impostazione della ricerca, di operare una simile distinzione che può sembrare mero inquadramento dogmatico ispirato dalla vocazione classificatoria dei giuristi. Nel caso adesso prospettato può però riuscire un utile strumento d'interpretazione.

Talora, infatti, la corretta interpretazione di una «norma» sembra suggerire di riferirsi a taluni concetti di teoria generale, e in funzione di quella deve essere introdotta la distinzione sopra richiamata.

Abbiamo visto che l'«antigiuridicità» ha ad oggetto non solo la «fattispecie astratta» e, di conseguenza, il «fatto concreto», ma anche

²⁴ La separazione così radicale fra gli elementi del reato è poi – a nostro avviso – all'origine della contrapposizione fra la concezione «causalista» e la dottrina dell'azione «finalista», la quale ultima assegna alla finalità un senso tendenzialmente soggettivo. Mossa da preoccupazioni – in gran parte ingiustificate – relative ad uno sconfinamento nel diritto penale dell'atteggiamento interiore, la dottrina italiana (per tutti, N. MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 446 ss.) ha spostato l'attenzione sull'aspetto oggettivo del reato (cfr. E. MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 796 ss.) guardando con sospetto a tutte quelle figure criminose contemplanti particolari atteggiamenti soggettivi a scapito dell'elemento materiale. Come vedremo più avanti, il reato ha un valore causale e un valore insito nella finalità della condotta. Noi ci proponiamo di recuperare in senso oggettivo lo scopo dell'azione criminosa, debitamente collegandolo agli elementi che ne mediano la realizzazione. Cfr., altresì, G. RUGGIERO, voce *Evento*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, vol. XVI, 2008, p. 1 ss.

Della «colpevolezza», che la dogmatica moderna tende a considerare esaustiva di tutte le esigenze del diritto penale, dall'individualizzazione del reato sino a diventare un criterio di imputazione autosufficiente, non possiamo, né potremmo qui esaminare gli aspetti di una polemica annosa, non definitivamente superata. Sia consentito il rinvio, anche per le citazioni, a G. RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale*, cit., p. 84 ss.

²⁵ Così G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 158.

il contenuto di interessi tutelati dalla norma penale²⁶. La valutazione espressa dal legislatore, allorché ha elevato una situazione di fatto a reato, produce effetti giuridici in vista di uno scopo che non appare congruo alle intenzioni qualora il «fatto», pur corrispondente allo schema astratto, non arreca, in concreto, alcun pregiudizio alla situazione oggetto della tutela.

Da ciò ne derivano tutta una serie di conseguenze sul piano interpretativo, senza che sia necessario, tuttavia, rifarsi alla contrapposizione fra «antigiuridicità materiale» e «antigiuridicità sostanziale», la quale può ritenersi superata dalla considerazione che la presa di posizione normativa, assunta una volta per tutte in linea generale, può essere contraddetta dal reale contenuto offensivo del «fatto» espressamente contemplato, sul piano oggettivo, dall'art. 49 cpv. c.p.²⁷.

Più o meno influenzata dal lessico della «teoria dell'azione finalistica»²⁸ un'autorevole dottrina ha ritenuto che la qualifica di antigiuridicità abbia per oggetto soltanto l'azione²⁹. Se intesa in senso letterale la tesi non potrebbe essere accolta da chi come noi ritiene che la «fattispecie» sia formata da tutti quegli elementi che ne esprimono significativamente il (dis)valore, quindi anche dall'evento naturalistico, qualora questo rientri nell'economia della stessa.

Renderemmo torto all'illustre Autore se non ne contestualizzassimo storicamente il pensiero, tenendo conto delle influenze che gli

²⁶ Cfr. M. AMISANO, *Le esimenti non codificate. Profili di liceità materiale*, Torino, 2003, p. 226.

²⁷ Cfr. G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, cit., p. 791. Si discute in dottrina se la «collocazione» dell'offensività di cui all'art. 49, II comma, c.p. a livello dell'elemento oggettivo del reato abbia – com'è logico concludere – ulteriori riflessi sul piano soggettivo. Sull'argomento, che qui non è possibile approfondire, v. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, pt. II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 102 ss.

²⁸ Cfr. H.J. HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Teil I, in *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten* (a c. di G. Kohlmann), Berlin, 1999, p. 336 ss.; ID., *Acerca de la crítica al "finalismo"*, in *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel* (a c. di H. J. Hirsch-J. Cerezo Mir-E. A. Donna), Buenos Aires, 2005, p. 23 ss.; ID., *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 1 ss.; E.J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967, *passim*; G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, p. 44 ss.; F. GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, cit., p. 1 ss.; M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica", nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati*, 1948-1950, p. 213 ss.; C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 380 ss.; M. RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, cit., p. 237 ss.

²⁹ B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 77.

scrittori del tempo hanno su di lui esercitato, i quali, a tacer d'altro, muovevano da una nozione di «fatto» in senso tutto processuale, avulso cioè da ogni contenuto psichico (coscienza e volontà) non comprensivo dell'evento naturalistico, concettualmente incompatibile con una nozione ristretta di «condotta»³⁰.

Possiamo notare, infatti, che lo stesso Codice penale italiano non esita a utilizzare la tecnica legislativa di indicare il tutto con la parte, come quando, all'art. 49 cpv. c.p., fa riferimento all'"inidoneità dell'azione" cui segue l'*impossibilità* di verificaione dell'evento dannoso o pericoloso. Coordinando il testo con la rubrica del disposto in parola è giocoforza ritenere che qui "azione" sta a indicare l'illecito penale nel suo complesso, non punibile perché in concreto non ha leso o posto in pericolo l'interesse tutelato dalla norma³¹.

Un ulteriore esempio di ricorso alla figura retorica della *sinèddochè* da parte del legislatore, utile a comprendere la necessità di contestualizzare l'uso del linguaggio normativo, è dato dalla nozione di «commissione» del reato o del fatto. Nell'art. 49, I comma, c.p. la nozione stessa abbraccia l'intera realizzazione del fatto, mentre nell'art. 85, I comma, c.p. la commissione del fatto preveduto dalla legge come reato, essendo individuata dal punto di vista del momento in cui deve sussistere la capacità d'intendere e di volere del reo, non può che concernere una parte del reato, ossia l'atto tipico nella serie di quelli che costituiscono la condotta criminosa: altrimenti si verrebbe a dare rilievo, contro la funzione stessa dell'imputabilità, a elementi del fatto (come l'evento naturalistico) che non ha importanza alcuna collegare con lo stato di capacità o incapacità del soggetto³².

³⁰ V. ampiamente *infra* § 4.

³¹ Per tutti, G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, cit., p. 99 ss.

Senza contare che la dottrina tedesca più recente tratta della struttura del reato sotto il capitolo relativo all'*Handlungsbegriff* distinguendo fra *objektive Tatbestand* e *subjektive Tatbestand*, nella versione più accreditata che è quella del "vermittelnden Verbrechensbegriff". Si individuano, infatti, in un'ottica comunque tripartita, ulteriori sottodistinzioni. La *Tatbestandsmäßigkeit* è suddivisa in un aspetto *oggettivo* che comprende la condotta, l'evento, la causalità e l'imputazione (*Zurechenbarkeit*) e in un aspetto *soggettivo* che abbraccia il dolo e speciali elementi; la *Rechtswidrigkeit*; la *Schuldhaftigkeit* (*normativ*) che ingloba l'imputabilità, il dolo e la colpa, speciali elementi soggettivi (elementi dell'atteggiamento interiore ecc.), la coscienza dell'illiceità e, infine, l'assenza di cause scusanti. Per una precisa schematizzazione delle categorie richiamate, W. GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3^a ed., Heidelberg, 2005, p. 122 ss., spec. p. 132 il quale ritiene che l'interrogativo sul concetto di condotta si risolva in un "problema ermeneutico" (p. 123).

³² Così I. CARACCIOLI, *Il momento di rilevanza dell'imputabilità negli ordinamenti italiano e tedesco con riguardo ai reati istantanei*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 136 s.

3. Gli elementi “negativi” della fattispecie penale (Segue)

Abbiamo più in altro detto che la categoria autonoma dell’«anti-giuridicità» ha contribuito a dar vita al mai sopito dibattito fra la teoria degli «elementi negativi del fatto» e la teoria degli «elementi negativi dell’antigiuridicità». Per la prima di dette teorie le cause di giustificazione rappresentano, sul piano della tipicità, l’impossibilità che il reato nasca come tale, escludendone non solo l’elemento oggettivo ma anche l’aspetto psicologico³³.

Secondo i sostenitori della seconda tesi la prima si rivela inidonea a rendere il fenomeno della giustificazione come complesso e dinamico meccanismo di equilibrio tra contrapposte esigenze di tutela nella complessiva unità dell’ordinamento giuridico³⁴.

Prima di prendere posizione sul punto è bene sgombrare il campo da un primo motivo di fraintendimento della teoria *de qua*.

Un’obiezione che tradizionalmente viene mossa è quella secondo cui l’introduzione surrettizia, nella struttura del reato, degli elementi negativi accanto agli elementi positivi necessari per l’esistenza dello stesso (secondo lo schema $a + b + c - d - e$, ecc.) darebbe luogo a complicazioni notevoli in sede di accertamento dell’elemento soggettivo qualora si dovesse richiedere in capo all’agente la consapevolezza dell’assenza delle cause di giustificazione³⁵.

L’obiezione deve essere respinta. Non è punto vero che l’accoglimento della «teoria degli elementi negativi del fatto» (o della fattispecie) imponga di configurare un dolo di così ampia portata e, nella pratica, inaccertabile, con la conseguenza di dover mandare quasi sempre impunito l’agente.

A parte il rilievo – superabile – secondo cui la «teoria degli elementi negativi del fatto» si muoverebbe nell’ambito della concezione “materiale” dell’antigiuridicità: essa è in realtà concepita sullo sfondo

³³ M. GALLO, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 184. Per i necessari riferimenti di carattere storico C. SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, Tübingen, 2008, p. 93 ss.

³⁴ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 343. Lo svolgimento teorico qui preso a disamina non si trova più riportato nella successiva edizione 2008. Nel corpo del testo faremo riferimento – salvo diversa indicazione – all’edizione 2006 del *Manuale* dell’A.

Cfr. altresì K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 46, per il quale la teoria degli elementi negativi del fatto si ridurrebbe ad una mera questione di stile e di rappresentazione. Contra K. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin, 2000, p. 350 ss.

³⁵ G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, cit., pp. 23-24. Ma vedi già ARM. KAUFMANN, *Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung*, in *Juristen Zeitung*, 1955, p. 51.

di una concezione “formale” dell’antigiuridicità³⁶, è evidente il fraintendimento della teoria in parola.

Gli «elementi negativi della fattispecie penale» sono concepiti specularmente rispetto agli elementi positivi che devono essere rappresentati per aversi dolo: l’eventuale, erronea rappresentazione di un elemento negativo avrà l’effetto di escludere il dolo, ma nessuno dovrà accertare la mancata rappresentazione di quello, qualora, dalle circostanze di fatto, non ne emerga alcuna che imponga al giudice di verificare se il soggetto ha agito nell’erronea rappresentazione di una causa di giustificazione.

Anzi, oltre che generica, questa critica ci appare equivoca. Ossia sembra che in essa confluiscono, in sovrapposizione, una nozione *for-*

³⁶ Basti ricordare quanto sostenuto da R. VON FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Nebst dem Einführungsgesetz*, 18^a ed., Tübingen, 1931, p. 5, il quale ha sempre considerato la «tipicità» come «antigiuridicità tipizzata» e le «cause di giustificazione» (*Rechtfertigungsgründe*) «caratteristiche negative del tipo» e che, in relazione al dolo, lo stesso Autore ne avesse richiesto una determinazione legale. V., altresì, H. VON WEBER, *Negative Tatbestandsmerkmale*, in *Festschrift für Edmund Mezger* (a c. di K. Engisch e R. Maurach), München-Berlin, 1954, p. 183 ss. Più avanti (p. 139) il FRANK osservava che le norme facoltizzanti e le norme permissive formulassero eccezioni alle proibizioni e prescrizioni e le norme di giustificazione altrettante eccezioni alle fattispecie incriminative.

Contra, ad. es., E. VON BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 166 ss. Cfr., altresì, M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2^a ed., Heidelberg, 1923, p. 166 ss.; F. VON LISZT e E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25^a ed., Berlin, 1927, p. 177 ss.; K. ENGISCH, *Die normative Tatbestands-elemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag* (a c. di P. Bockelmann-K. Engisch), München, 1954, p. 132 ss.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a ed., Berlin, 1969, p. 81, malamente interpretando la relazione logico-semantica fra regola ed eccezione come una relazione statistica. Cfr., altresì, B. SCHÜNEMANN e L. GRECO, *Der erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 776 ss.

Sul punto, sono note le posizioni avversarie che vedono differenze sostanziali fra gli elementi del fatto e gli elementi delle «cause di giustificazione». Da una parte, si considera una differenza di valore fra una condotta atipica e una condotta giustificata (H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 82 ss.), dall’altra una differenza nella rilevanza sociale (G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlin-New York, 1991, p. 158); altra parte della dottrina considera le cause di giustificazione come autonomi doveri di tolleranza (J. WESSEL e W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 39^a ed., Heidelberg, 2009, p. 99).

Le cause di giustificazione sono, infine, ricondotte ad un proprio principio unitario: «sospensione dal diritto» (E. SCHMIDHÄUSER, *Die Begründung der Notwehr*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1991, p. 112 ss.) e «bilanciamento degli interessi» (P. NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1965, p. 1 ss.).

Ulteriori citazioni in H. VON DER LINDE, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1988, p. 82 ss.; W. PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden-Baden, 1988, p. 33 ss.

male delle cause di giustificazione: operare quali elementi negativi della fattispecie penale a livello di tipicità; e una nozione *sistematica*: fungere da elemento negativo del dolo così come accade (nella prospettiva rovesciata cui dianzi abbiamo fatto riferimento) per la generale disciplina dell'errore (art. 47 c.p.). Sono questi aspetti che devono essere tenuti distinti perché dotati di una propria autonomia concettuale e operativa.

Dallo quadro storico che abbiamo sopra tracciato non si evince affatto un mutamento e neanche uno sviluppo delle tesi oggi ritenute più "avanzate".

Anche per certe "moderne" correnti di pensiero il «fatto», comunque lo si denomini, rimane privo di elementi valutativi (normativi) e tutta la discussione relativa alla "posizione" della "giustificazione" del fatto è il frutto della contrapposizione fra la «teoria del dolo» (*Vorsatztheorie*) e la «teoria rigida della colpevolezza» (*strenge Schuldtheorie*) così detta per distinguerla dalla «teoria limitata della colpevolezza» (*ingeschränkte Schuldtheorie*).

Gli interrogativi che, nei Paesi di lingua tedesca, innervano le ricerche a riguardo possono essere ricondotti a due: *a)* L'essenza del dolo è la conoscenza delle circostanze della fattispecie legale oppure la mancanza di fedeltà al diritto? Detto in altri termini: il § 16 *StGB* costituisce l'elemento intellettuale del dolo oppure la norma afferma solo una sua forma di esclusione? *b)* I presupposti di fatto delle cause di giustificazione sono "circostanze" della fattispecie legale (quindi dottrina degli elementi negativi del fatto) oppure no (*strenge Schuldtheorie*)?

La dottrina tedesca contemporanea – è noto – muove alla teoria degli elementi negativi del fatto obiezioni coincidenti con quelle da tempo formulate in Italia.

Particolare interesse presenta quella tesi secondo cui la teoria dei «*negativen Tatbestandsmerkmalen*», essendo una teoria generale, non servirebbe solo (qualora fosse accettabile) a risolvere i singoli problemi dell'errore sui presupposti delle cause di giustificazione, ma aprirebbe un'ulteriore e più interessante problematica sulla contrapposizione fra la «*Vorsatztheorie*» e la «*Schuldtheorie*»³⁷.

Sembra quindi di dover concludere che il trapianto sul terreno della concezione "normativa" della colpevolezza urti contro un primo problema di carattere classificatorio, in funzione di una condizione di rimproverabilità dell'agente per un errore – a rigore – sul divieto.

L'indagine su questo tema è tutt'altro che oziosa, come risulta in

³⁷ R.D. HERZBERG, *Gedanken zur finalen Handlungslehre*, in *Freiheit, Gesetz und Toleranz. Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Karl Heinz Kunert* (a c. di M. Tsambikakis), Baden-Baden, 2006, p. 13 s.

tutta evidenza da recenti studi che hanno evidenziato in modo definitivo le aporie e la inaccettabilità della teoria “limitata” della colpevolezza (*eingeschränkte Schuldtheorie*)³⁸.

Il terreno di scontro fra la “teoria della colpevolezza” e la “teoria del dolo” è rappresentato – come noto – dalle relazioni fra questo e la coscienza dell’antigiuridicità. Come tutte le denominazioni anche queste hanno un’origine storicamente databile che, nel nostro caso, può stabilirsi nel 1948 con l’apparizione del lavoro di *Welzel*³⁹ il quale rifiutò l’idea autorevolmente avanzata da *Schönke* per il quale l’erronea conoscenza dell’antigiuridicità escluderebbe il dolo, ammettendo – *de jure condendo* e alla luce di una nuova corrente giurisprudenziale, precorritrice della sentenza del BGHSt del 1952 – una punizione a titolo di colpa⁴⁰. La contrapposizione – come si vedrà gravida di equivoci per la dottrina che a questa s’ispirò – deriva dal fatto che *Welzel* non considerava la coscienza dell’antigiuridicità un elemento del dolo (teoria del dolo) bensì della colpevolezza dell’autore (teoria della colpevolezza)⁴¹.

I sostenitori di siffatta tesi non offrivano però alcuna dimostrazione né sul terreno del diritto positivo (applicando analogicamente il § 59 dell’allora vigente StGB) né su di un piano di teoria generale⁴², sino a quando, nel 1955, lo stesso *Welzel* tentò di offrirne un fondamento giuridico in senso stretto⁴³.

³⁸ J. HRUSCHKA, *Wieso ist eigentlich die “eingeschränkte” Schuldtheorie “eingeschränkt”?* Abschied von einem Meinungsstreit, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* (a c. di B. Schünemann-H. Achenbach-W. Bottke-B. Haffke-H. J. Rudolphi), Berlin-New York, 2001, p. 441 ss.

³⁹ H. WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1948, c. 368 ss.

⁴⁰ A. SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4^a ed., München-Berlin, 1949, p. 195 s.; p. 204 s.

⁴¹ Scriveva WELZEL, *Der Irrtum*, cit., c. 371: «In Wahrheit gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur *Schuld*, nicht zum Tatvorsatz, sodaß sein Fehlen an der Vorsätzlichkeit der Tat nicht das mindeste ändert. Wer im irrigen Glauben, dazu berechtigt zu sein, einen anderen tötet, tötet ihn vorsätzlich, aber seine Schuld, d. h. die Verwerfbarkeit der Tat, ist, wenn der Irrtum unvermeidlich war, ausgeschlossen; wenn der Irrtum aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vermeidbar war, ist die Vorwerfbarkeit nach dem Grade der Entschuldbarkeit des Irrtums gemildert» (*In verità, la conoscenza dell’antigiuridicità attiene alla colpevolezza e non al dolo del fatto, talché la sua mancanza non modifica affatto il carattere doloso del fatto. Chi si crede erroneamente autorizzato ad uccidere taluno lo fa dolosamente, però la sua colpevolezza, cioè la riprovevolezza del fatto, è esclusa se l’errore era inevitabile. Se, tuttavia, l’errore era evitabile prestando la dovuta (esigibile) diligenza, allora la rimproverabilità diminuisce in funzione del grado di scusabilità dell’errore*).

⁴² Cfr., per le citazioni, G. JAKOBS, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 371 e nota 62.

⁴³ H. WELZEL, *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legisla-*

La critica si appunta dapprima sulla teoria degli elementi negativi del fatto, spiegando, ulteriormente, che a fronte della tipicità esiste un “livello di valutazione specifico del diritto”: la “sfera del consentito”. Scrive *Welzel*: «La morte di una zanzara, posto che è *atipica*, è giuridicamente *irrilevante*. La morte di un uomo in istato di legittima difesa è un’azione giuridicamente *rilevante*, dato che è *tipica*, nonostante sia permessa. Esistono comportamenti giuridicamente rilevanti che sono *permessi* (conformi al diritto) ed esiste un’infinita quantità di comportamenti irrilevanti, *atipici*. Le cause di giustificazione sono proposizioni permissive la cui presenza *autorizza* la realizzazione di comportamenti giuridicamente *rilevanti, tipici*».

Da quel momento si sviluppa la tesi dell’*Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes*, secondo la quale il dolo tipico, in primo luogo, dà (o dovrebbe dare) l’impulso per verificare la rappresentazione dell’esistenza di una situazione giustificante⁴⁴.

Le argomentazioni addotte dal *Welzel* e dai suoi successori è stata vista come la razionalizzazione ulteriore di un pregiudizio che si sarebbe formato senza tale riflessione. Per tanto, ancora nel 1954, la “strenge Schuldtheorie” non è ancora una teoria nel vero senso del termine, bensì una proposta di soluzione del caso concreto, sulla quale si discute appassionatamente senza però ricorrere a vere e proprie argomentazioni giuridiche⁴⁵.

Tuttavia, quando la “teoria della colpevolezza” richiama l’attenzione sulla distinzione fra dolo e coscienza dell’antigiuridicità, si riferisce alla generica distinzione fra la rappresentazione di un fatto e delle circostanze che sono rilevanti per il giudizio di antigiuridicità e il giudizio di antigiuridicità propriamente detto.

4. (Continua) *La teoria degli «elementi negativi del fatto» e le attuali dottrine della colpevolezza*

Le posizioni assunte dagli autori, pur nelle diversità di vedute, sono rivolte in sostanza a collocare, a livello sistematico, le situazioni giustificanti sul piano del fatto, con risultati consequenziali riguardo al dolo.

torisches Problem, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1955, p. 211; Id., *Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik*, in *Juristen Zeitung*, 1955, p. 142 ss.

⁴⁴ La si trova accennata in G. JAKOBS, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 371, in riferimento ad H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 168 che l’ebbe, per primo, sviluppata.

⁴⁵ J. HRUSCHKA, *Wieso ist eigentlich die “eingeschränkte” Schuldtheorie “eingeschränkt”?*, cit., p. 447.

Secondo taluno la coscienza dell'antigiuridicità è il giudizio di antigiuridicità effettuato dall'autore, mentre il dolo (*rectius*, il suo elemento volitivo) consente di giudicare la rappresentazione di un fatto e delle circostanze che sono rilevanti per il giudizio di antigiuridicità compiuto dal giudice.

Se, quindi, la sfera soggettiva comprende solo la conoscenza dei fatti passati e presenti e la rappresentazione degli eventi successivi alla condotta rilevanti per il giudizio di "antigiuridicità", è necessario differenziare il dolo dalla coscienza dell'antigiuridicità come giudizio di valore. Per tanto, un autore opera dolosamente solo se si rappresenta un fatto le cui circostanze costituiscono i presupposti obiettivi di un "tipo" criminoso e se non si rappresenta l'esistenza di circostanze che integrino il "tipo" obiettivo di una causa di giustificazione⁴⁶.

Ma è proprio ciò che la "strenge Schuldtheorie" nega.

Se si segue sino in fondo questa tesi, si apre una "vuoto" fra il giudizio dell'autore sui fatti rilevanti per il giudizio di antigiuridicità, che denominiamo dolo, e il corrispondente giudizio del giudice sui medesimi fatti. Qualunque altro terzo osservatore basa il suo giudizio di antigiuridicità su tutti i fatti a tal fine rilevanti: un fatto è antigiuridico unicamente se concorrono circostanze che fondano l'antigiuridicità e se non concorrono cause che la escludono.

L'esclusione dall'oggetto del dolo di tutti gli elementi che hanno a che vedere con l'antigiuridicità rappresenta il punto debole di questa teoria della colpevolezza, soprattutto se la si inquadra in un più ampio contesto di teoria generale e in un'ottica processuale, e che introduce un'incomprensibile disparità di trattamento fra il giudizio del giudice e il giudizio dell'agente.

La confusione di piani è evidente. Se, d'accordo con la teoria della colpevolezza, si distingue la rappresentazione del complesso di fatti rilevanti per il giudizio di antigiuridicità e il giudizio di valutazione operato dal legislatore che descrive la fattispecie astratta, allora si dovrebbe coerentemente dire che il giudizio sull'antigiuridicità è un giudizio di valore. Il giudizio sulla presenza o assenza di elementi costitutivi del fatto criminoso comprende la rappresentazione dell'oggetto della valutazione, che è un giudizio sui *presupposti* della valutazione.

Ciò equivale a dire che la presa di posizione dell'ordinamento, *un giudizio sui presupposti di una valutazione, non può essere simultaneamente il giudizio di valutazione stesso*. Ecco che la rappresenta-

⁴⁶ J. HRUSCHKA, *Wieso ist eigentlich die "eingeschränkte" Schuldtheorie "eingeschränkt"?*, cit., p. 449.

zione delle cause di giustificazione o la sua negazione non può essere inteso come un elemento della coscienza dell'antigiuridicità.

Lungo questa linea di idee (anche se in modo parziale) si muove la «teoria limitata della colpevolezza». Essa è una teoria della colpevolezza perché distingue non solo fra dolo e coscienza dell'antigiuridicità, ma considera questa anche come costitutiva della colpevolezza dell'autore. Si definisce appunto “limita”⁴⁷ perché – incoerentemente – considera la rappresentazione erronea dei presupposti di fatto delle cause di giustificazione una causa di esclusione del dolo.

Anche se non si tratta di “resuscitare” – per dirla con il *Maurach* – la teoria degli elementi negativi del fatto, alla quale la teoria limitata della colpevolezza è, da una parte della dottrina, accostata⁴⁸ è a tutti evidente che si è imposto quell'orientamento che considerava in ugual maniera la mancata conoscenza di un elemento del fatto tipico e la erronea supposizione di una causa di giustificazione⁴⁹.

In tempi recenti, taluno, fra i finalisti, appellandosi ai “fenomeni reali” ha negato che l'errore su una causa di giustificazione, normalmente ritenuto uno dei punti deboli della fortunata teoria⁵⁰, sia rilevante per il dolo. Secondo questa dottrina, quando ricorre una scriminante, la non esistenza di un'azione omicida o lesiva è una “forma di vedere le cose” che, per il finalismo, orientato ai fenomeni reali, non può essere accettata: in questo caso, non può negarsi l'esistenza effettiva di un'azione d'uccidere o di ledere⁵¹.

A parte ogni e diversa critica all'ontologismo, quando, come nei casi posti, i finalisti affermano il dolo d'omicidio o di lesione, lo fanno per l'unica ragione che l'aspetto negativo – assenza di una situazione di legittima difesa – non si concepisce come una circostanza appartenente alla fattispecie legale nel senso già ricordato del § 16, comma I, StGB; ed è solo in questi termini che la tesi va accolta o respinta.

⁴⁷ Il primo ad usare questa terminologia fu R. MAURACH, *Deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1954, pp. 406-407.

⁴⁸ J. WESSEL e W. BEULKE, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 167 s.

⁴⁹ V., per tutti, C. ROXIN, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 626 ss.

Com'è stato esattamente osservato da J. HRUSCHKA, *Wieso ist eigentlich die “eingeschränkte” Schuldtheorie “eingeschränkt”?*, cit., p. 456: «Die ‘eingeschränkte Schuldtheorie’ macht keine ‘Einschränkungen’. Im Gegenteil: Es ist die ‘strenge Schuldtheorie’ mit ihrer Verwechslung und Vermischung grundverschiedener Kategorien, die nicht konsequent oder ‘strenge’ ist, sondern Einschränkungen macht». (La “teoria limitata della colpevolezza” non realizza “limitazione” alcuna. Al contrario, è la “teoria rigida della colpevolezza” che, confondendo e mescolando categorie radicalmente differenti, non è coerente e “rigida” ma pone delle limitazioni).

⁵⁰ Per tutti, C. SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, cit., p. 75.

⁵¹ H.J. HIRSCH, *Grundlagen, Entwicklungen und Mißdeutungen des „Finalismus“*, in *Strafrechtliche Probleme* (a c. di H. Lilie), Tomo II, Berlin, 2009, p. 64.

Un primo – apparente – motivo di incertezza della dottrina in parola è dato dal trattamento differenziato degli elementi positivi costruiti negativamente, rispetto agli elementi negativi positivi costituiti dalle cause di giustificazione. Coerentemente con la “strenge” Schuldtheorie i finalisti ammettono l’efficacia scusante dell’errore nel primo caso e la negano nel secondo.

Le critiche mosse a questo ragionamento si appuntano sulla necessità logica di negare il dolo in entrambi i casi.

Si formula il seguente esempio: dopo una grave disgrazia una persona irrompe all’interno di un’abitazione e usa il telefono per effettuare una chiamata di soccorso⁵², realizzando contemporaneamente il delitto di «violazione di domicilio» (§ 123 StGB: *Hausfriedensbruch*) e di «abuso di chiamate di soccorso» (di cui al primo comma del § 145 StGB: *Mißbrauch von Notrufen und Beeinträchtigung von Unfallverhütung- und Nothilfemittel*).

In entrambi i casi – si prosegue – la situazione di necessità è la ragione per la quale si nega un presupposto legale del reato e la presenza di un illecito. Non comporta problema alcuno distinguere, com’è d’abitudine, l’«ingresso» che rimane comunque tipico ed è “solo” giustificato, dalla chiamata di soccorso che è del tutto atipica.

Nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche si distingue fra un consenso dell’avente diritto “giustificante” (*Einwilligung* e *mutmaßliche Einwilligung*) che ha l’effetto di escludere l’antigiuridicità del reato ma non ne elimina la corrispondenza al Tatbestand, e un consenso “elemento normativo della fattispecie” (*Einverständnis*) che elide la stessa tipicità⁵³, secondo la dicotomia che vede contrapposti i “*Tatbestandsausschließungsgründe*” e gli “*Unrechtsausschließungsgründe*” (o, con terminologia più comune, *Rechtfertigungsgründe*)⁵⁴.

La distinzione, che tuttavia implica l’esistenza di autonomi livelli nell’analisi dell’antigiuridicità, comporta di dover operare ulteriori differenziazioni in materia di errore. Per il primo caso, nulla osterebbe all’applicabilità del § 16 StGB ricadendo l’errore su di un elemento “positivo” della fattispecie; nel secondo, al contrario, come abbiamo visto, l’errore, da un punto di vista dogmatico, cade su di una circostanza che non fa parte della fattispecie tipica e che, a rigore di lo-

⁵² L’esempio lo abbiamo tratto da R.D. HERZBERG, *Gedanken zur finalen Handlungslehre*, cit., p. 15 ss.

⁵³ Cfr. B. HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 2^a ed., Stuttgart, 2010, p. 184 ss.; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7^a ed., Berlin, 2004, p. 126 ss.

⁵⁴ H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit., p. 258 ss.

gica, dovrebbe essere trattato come un errore di diritto; salva un'applicazione analogica del citato § 16 StGB⁵⁵.

Non pare che questa doppia configurazione dell'«antigiuridicità» sia corretta da un punto di vista di teoria generale, né che rappresenti una variazione della veste stilistica della formulazione normativa.

Il tema sul quale si sono intessute le trame di una simile disputa dottrinale, sullo sfondo di un divario di prospettive tale da escludere *a priori* la possibilità di una soluzione diversa da quella data, è la concezione dell'«antigiuridicità» come elemento strutturale del reato.

L'inconcludenza di questa discussione deriva – come detto più volte – dalla mancanza di una precisa considerazione del fenomeno normativo e della «tipicità» come doppio giudizio di valore, da parte del legislatore, nel momento in cui pone la norma nell'ordinamento, e da parte del giudice allorquando opera la sussunzione del fatto storico nella fattispecie astratta.

Affermare, come i fautori della tesi che si critica, che l'«antigiuridicità» sia qualcosa di diverso rispetto al «fatto» materiale e alla «colpevolezza», significa privare di un originario predicato di giuridicità le restanti parti del reato. Tanto basta per dubitare che un simile modo di presentare la materia sia caratterizzato dalla desiderabile precisione, soprattutto perché l'uso linguistico del termine, com'è stato già da tempo evidenziato, genera confusione⁵⁶, e oscura inoltre lo sviluppo rigoglioso di un criterio ri-costruttivo del reato, vera espressione di una valutazione normativa nella quale è possibile cogliere, in progressiva sequenza, i nessi che intercorrono fra i vari elementi che lo compongono.

Nei casi sopra prospettati ci troviamo di fronte a una diversa rappresentazione del fenomeno giuridico “reato”, per cui si tratta di individuare i possibili contenuti di cui appare dotata la preposizione normativa. Nell'una, il legislatore formula un elemento positivo costruito negativamente: “senza necessità”, “senza il consenso” ecc., inducendo, attraverso la diagnosi delle circostanze obiettive che ne costituiscono l'«oggetto», ad accertare che l'agente si sia rappresentato l'esistenza della necessità o del consenso.

Una volta esaurito il procedimento descrittivo o il procedimento ermeneutico (a seconda del momento di operatività della norma), la presenza di una «causa di giustificazione» non importa di accertare se l'autore della condotta ne abbia avuto contezza o se addirittura ne

⁵⁵ Per una corretta impostazione del problema v. l'importante contributo di H. SCHLEHOFER, *Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (a c. di W. Joecks-K. Miebach), vol. I, München, 2003, p. 1165 ss.

⁵⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., p. 24.

abbia escluso l'esistenza. In questo stadio costruttivo entrano in gioco riferimenti al mondo esistenziale o a elementi ricavati da giudizi di valore anche extragiuridici che alterano la fisionomia della tipicità oggettiva e soggettiva del reato, rendendo quel comportamento privo di un contenuto offensivo perché ricollegato all'esercizio di un facoltà legittima o all'adempimento di un dovere.

A queste considerazioni di carattere logico e di sistema, deve aggiungersi la presenza, nel nostro ordinamento, di un dato positivo imprescindibile al quale l'interprete è vincolato nella ricostruzione del concetto di «fattispecie». Un elemento decisivo rappresentato dall'art. 59, IV comma, c.p. il quale dispone – come noto – che «*se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui*»; fatta salva una residua responsabilità colposa.

Non è necessario, quindi, nel nostro sistema, ricorrere a qualsivoglia procedimento analogico per trattare l'errore sulle cause di giustificazione alla stregua dell'errore su elementi del fatto. In una sistemica tripartita ciò sarebbe incoerente con le premesse generali.

5. Critica

Le posizioni assunte dalla dottrina tedesca e italiana, e dalla critica a quelle posizioni, sono viziate da un esasperato concettualismo.

Da parte di taluno, muovendo da identica prospettiva⁵⁷, la «teoria degli elementi negativi del fatto», strettamente legata alla concezione bipartita del reato, viene criticata non più dall'aspetto *logico-formale*, riconosciuto anzi il suo punto invulnerabile, bensì sotto il profilo *sostanziale-contenutistico*, di guisa che il fatto scriminato non potrebbe mai considerarsi «atipico» e come tale rientrando nell'*indifferente giuridico*, bensì «tipico» rispetto alla norma incriminatrice⁵⁸ e, inoltre, a seconda dei casi, oggetto di disciplina come preciso dovere giuridico (le indiscrezioni nella vita privata nell'ipotesi prevista dall'art. 266 c.p.p.).

In senso contrario si può osservare che l'*indifferente giuridico*, già oggetto di critiche in sede di teoria generale del diritto, non può trovare posto nel sistema penale. Una situazione di vita che fuoriesce dall'alveo della tipicità lo è per un'espressa presa di posizione del le-

⁵⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 344.

⁵⁸ Cfr. quanto già sostenuto a suo tempo da W. GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1955, p. 23.

gislatore che così ha deciso di regolarla: un «fatto» a-tipico (*irrilevante*) è, in quanto tale, disciplinato dalla legge⁵⁹.

Non diversamente, il secondo aspetto dell'obiezione mossa, secondo il quale si tratterebbe di adempimenti di specifici obblighi giuridici, confonde la *ratio* di una singola scriminante con la più generale posizione giuridica della giustificazione.

Ogni esimente codificata è espressione di uno o più principi immanenti all'ordinamento giuridico.

Basti pensare alla scriminante della "difesa legittima", cui sottostà il principio di *autotutela* e la più generale funzione di *impedibilità* che è una sanzione primaria di tutto il sistema normativo nel suo insieme.

La molteplicità di *rationes* che caratterizzano una determinata scriminante sono fondamentali in funzione del suo accertamento. Così, rimando alla difesa legittima di cui all'art. 52 c.p., la *ratio* di *autotutela* di cui essa è espressione è strettamente connaturata alla determinazione del *pericolo* elemento centrale della scriminante, mentre l'*impedibilità* del comportamento illecito altrui nel significato predetto di sanzione esperibile in assenza della possibilità di ricorso agli organi statuali, è determinante nel giudizio di *proporzione* tra difesa e offesa (*rectius*: tra pericolo e reazione)⁶⁰.

Risulta così chiarito che la singolarità di struttura delle cause di giustificazione, che direttamente (difesa legittima) o indirettamente, attraverso il rinvio per la determinazione della disciplina a norme extrapenali (l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p.), non è di ostacolo a ritenere che le scriminanti, quali elementi negativi della fattispecie, eliminino completamente la tipicità del reato.

Diversamente ragionando, considerando appunto il «fatto» come indizio di antigiridicità, si incorre in quell'obiezione autorevole e a oggi rimasta senza risposta, formulata da *Francesco Antolisei*, secondo cui la «tipicità», così come offerta dagli scrittori citati, non aiuta affatto a stabilire quali sono i «fatti» che interessano il giudice penale; e cioè se davvero sia possibile parlare di tipicità anche a proposito

⁵⁹ Cfr. N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 57 ss. Si pensi inoltre a quelle teorie sul negozio giuridico secondo le quali il contratto nullo, pur non dando causa a vicende, forma oggetto di una regolamentazione giuridica, talché taluno lo ricomprende a pieno diritto nell'ambito dei «fatti giuridici». Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino, 1952 (rist. 1994), p. 456.

⁶⁰ Sul punto, con speciale chiarezza, M. GALLO, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 212 ss., p. 221.

delle azioni doverose e lecite⁶¹. E questo per l'inevitabile contraddizione nella quale incorrono le teorie tripartite e quadripartite del reato condizionate dalla visione strutturale: le scriminanti sono *elementi dell'elemento* "antigiuridicità".

Non si tratta di conciliare un dato normativo con una determinata teoria. I risultati cui conduce il metodo esegetico possono coincidere con una teoria generale, svincolata dal dato normativo, ma non è ammissibile che questo, se riconosciuto contrario ad una tesi debba cederle il passo.

Una teoria, per essere valida, deve partire dal "sistema" creato dal legislatore e solo con l'immutare di questo al variare della legge, può assurgere al rango di "teoria generale" e solo se risponde ad una logica universale può dirsi prevalente rispetto al dato normativo.

Anche volendo prescindere per un momento dalla regola positiva, le "regole di condotta" sono valide proprio perché non incontrano ostacoli nella loro applicabilità spazio-temporale. Ora, i "tipi criminali", assieme alla qualificazione secondo cui un fatto che rispecchia il tipo è antigiuridico, si situano sullo stesso piano logico delle regole di giustificazione e non c'è un piano della *giustificazione* che possa differenziarsi dal piano della *tipicità*.

Se un fatto è o meno antigiuridico si giudica esclusivamente secondo il sistema di regole sui reati e le regole di giustificazione come un tutt'uno e non secondo precetti singoli, intesi isolatamente uno dall'altro. Questo è il nucleo irriducibile e inconfutabile della "teoria degli elementi negativi del fatto", punto sul quale converge grossa parte della dottrina tedesca⁶².

Ciò che è messo in discussione è solo se le cause di giustificazione siano "elementi negativi della fattispecie tipica": le norme facoltizzanti e permissive formulano eccezioni ai divieti e alle prescrizioni e le norme di giustificazione ai tipi criminali⁶³.

Noi non vediamo ostacoli di sorta ad ammettere tale ulteriore passaggio, a questo punto obbligato se si vuole formulare un dato dogmaticamente accettabile e coerente con le impostazioni logiche di soluzione del problema.

Diversamente ragionando si creerebbe una vera e propria "stranezza" dogmatica tipica dei più attuali seguaci del "finalismo", e cioè:

⁶¹ F. ANTOLISEI, *Lo studio analitico del reato*, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, p. 111 ss.

⁶² J. HRUSCHKA, *Wieso ist eigentlich die "eingeschränkte" Schuldtheorie "eingeschränkt"?*, cit., p. 454; J. WESSEL e W. BEULKE, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 45 s.

⁶³ Cfr. J. WESSEL e W. BEULKE, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 46.

il “fatto giustificato” è ancora “offensivo”, come sostenevano dapprima Welzel e ancor oggi – fra gli altri – Jakobs e Hirsch. La soluzione sta e cade con l'individuazione precisa della differenza fra «danno criminale» e «danno civile». Ma non solo. Se il fatto è giustificato perché il comportamento è conforme ad un precetto (di regola) extrapenale, ad un modello di condotta descritto da una norma diversa da quella incriminatrice situata nei varî settori dell'ordinamento, allora non può residuare alcun tipo di offesa e permanere una fattispecie di illecità extrapenale.

Seguendo invece il discorso che siamo venuti sin qui sviluppando, gli elementi negativi del fatto, elementi negativi della tipicità, sono, di per sé, elementi negativi dell'antigiuridicità quale figura di qualificazione generale della fattispecie da parte della norma penale⁶⁴.

⁶⁴ È d'obbligo però avvertire il lettore che della teoria bipartita esistono talune varianti, una delle quali merita di essere qui ricordata e che fa capo a W. GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 1 ss., p. 16 ss. L'A. non giunge a identificare il fatto tipico e l'antigiuridicità e non concepisce le cause di giustificazione come circostanze negative del tipo; anzi, afferma la tipicità dell'“azione” anche qualora concorra una causa di giustificazione”. Non ammette tuttavia che il “fatto” sia la descrizione materiale della condotta vietata e che rappresenti, in virtù di questa funzione, il terzo pilastro del reato accanto all'antigiuridicità e la colpevolezza. Tutti gli elementi integranti il contenuto dell'illecito sono – secondo GALLAS – elementi della tipicità e poco importa (se) il legislatore abbia descritto materialmente il contenuto del divieto. La misura della differenziazione, propria dello Stato di diritto, sarebbe solo un principio formale e non può essere decisivo per il significato materiale del fatto nella struttura del reato (p. 25). Cfr. altresì, M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., p. 1659 ss.; M. PAWLK, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?» - *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht*, in *Festschrift für Harro Otto* (a c. di G. Dannecker), Köln-Berlin-München, 2007, p. 133 ss.

Contro la tesi di GALLAS che non riteneva il “fatto” semplicemente espressivo della materia del divieto, siccome ritenuto un ritorno al fatto a-valutativo di BELING (“Rückschritt zum Belingschen wertfreien Tatbestand”), si era espresso H. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4ª ed., Göttingen, 1961, p. 20, il quale, in difesa della belinghiana concezione del “fatto”, ha sostenuto che, lungi dall'essere assolutamente ‘neutro’ (“im Tatbestand liegt kein Werturteil”, diceva BELING) il fatto tipico seleziona, fra la moltitudine delle condotte umane, quelle che sono rilevanti per il diritto penale. Questa funzione di descrivere materialmente la rilevanza giuridico-penale di una condotta (differenziazione valutativa) per convertirla nella base per la constatazione dell'antigiuridicità, assicura al «fatto» una posizione di indipendenza nella struttura del reato: quello che viene definito (nonostante tutti i difetti) il contenuto permanente di verità del concetto del fatto di Beling (“Hierin liegt trotz aller zeitbedingter Mängel der bleibende Wahrheitsgehalt des Belingschen Tatbestandsbegriffes und des Beling-Lisztschen dreistufigen Verbrechensaufbaus”: H. WELZEL, *op. e loc. cit.*). L'adesione alla concezione bipartita propugnata da SAUER e da MEZGER che fondevano tipicità e antigiuridicità (unitamente alla concezione delle scriminanti come elementi negativi del fatto), por-

La validità della «teoria degli elementi negativi del fatto» trova vie più conferma nei risultati raggiungibili indirizzando lo studio della «fattispecie» non sul *tipo* di nesso che intercorre tra questa e i suoi effetti, nel senso della c.d. «causalità giuridica» come sinora è stato fatto, bensì considerando la *struttura* della «fattispecie», analizzandone gli elementi costitutivi, taluno dei quali – lo abbiamo in parte accennato riferendoci alle «condizioni obiettive di punibilità» – è rappresentato dal «fatto di reato».

Appare congruo con le premesse metodologiche delineate ritenere che il legislatore, avendo equiparato l'errore su un elemento negativo all'errore su di un elemento positivo per quanto riguarda l'esclusione

terebbe, secondo il WELZEL, a privare il «fatto» della sua «indipendenza», impedendogli di costituire la base del giudizio di anti giuridicità mediante la descrizione della condotta proibita; inoltre, la teoria avversata si risolve in un circolo vizioso: la tipicità può essere affermata solo dopo la constatazione dell'anti giuridicità e l'anti giuridicità può essere verificata solo dopo l'esame della tipicità (H. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, cit., p. 21).

Gli appunti mossi dal WELZEL non ci appaiono decisivi. Tenendo presente che Egli muove da un'ottica «sostanzialmente» bipartita (sottolinea la poliedricità del modello welzeliano G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 214), l'A. smentisce nei fatti quanto sostenuto circa la non coincidenza del giudizio di tipicità con quello di anti giuridicità (*id est*, di valutazione del fatto), allorché afferma che il «fatto», oltre ad essere la descrizione materiale della formulazione del divieto, non si esaurisce in questo. Esistono, infatti (v. nota 48), «fattispecie aperte» che devono essere completate dal giudice, secondo un criterio determinato che consenta di riconoscere gli elementi di completamento. In questa categoria rientrano non solo i reati di omissione impropria ma anche i delitti colposi. Più ampio è invece il potere del giudice nei reati in cui la «biasimevolezza» del mezzo che assiste la condotta dell'autore è un giudizio di anti giuridicità e non contiene alcun punto di appoggio obiettivo per l'accertamento della condotta tipica, come accade ad es. per il § 240 StGB: «*Dagegen ist z. B. in § 240 das Urteil, ob die Mittel-Zweckbeziehung des Täterverhaltens verwerflich ist, ein reines Rechtswidrigkeitsurteil und enthält in keiner Weise einen sachlichen Anhalt für die richterliche Ermittlung des tatbestandlichen Täterverhaltens*» (H. WELZEL, *op. cit.*, p. 22). È evidente la contraddizione nella quale incorre l'Autore: se il «fatto» è solo un indizio di anti giuridicità è inconcepibile che possa contenere elementi normativi predeterminati come le «posizioni di garanzia» nei confronti dell'evento impedibile o elementi normativi contenuti nel § 240 StGB che consentono all'interprete di spaziare nel contesto culturale e sociale nel quale vive ed opera.

Riteniamo che il WELZEL non potesse rinunciare ad una concezione «ontologica» del fatto da introiettare nella struttura del reato, ciò che, in altre parole, rappresenta l'asse portante di tutto il suo edificio dogmatico. Lo stesso però non si è reso conto che, dopo aver dato ingresso nel fatto tipico oltre al dolo anche alla colpa, aveva implicitamente riconosciuto – già a livello oggettivo – l'esistenza di regole cautelari di estrazione puramente normativa o sociale che devono fungere da base per il giudizio successivo sull'evitabilità dell'offesa (elementi obiettivi e, allo stesso tempo, normativi, come ammette lo stesso WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, cit., pp. 32-33).

del dolo, considera, nella *struttura* della «fattispecie concreta», anche gli elementi negativi costituiti dalle cause di giustificazione.

6. *Elementi negativi della fattispecie penale e formule decisionali. Osservazioni sul concetto di «fatto» nel processo penale*

Per meglio capire la collocazione delle «scriminanti» quali «elementi negativi della fattispecie giuridica» è inoltre opportuno porre mente alla polemica sviluppatasi vigente il Codice di procedura penale del 1930 a ridosso della formula assolutoria o di condanna che il giudice avrebbe dovuto adottare qualora si fosse prospettato il dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione⁶⁵.

Senza insistere sulla correttezza o meno di riferirsi a una costruzione dogmatica per interpretare gli artt. 378 e 479 c.p.p. 1930, è al linguaggio del legislatore del 1988 che occorre rivolgere attenzione per impostare la questione nei termini corretti. Innovando rispetto al predecessore, l'art. 530 c.p.p. attualmente in vigore ha fatto riferimento, al III comma, alle c.d. "cause di giustificazione", denominazione dalla dottrina da tempo utilizzata in luogo di quella codicistica di "circostanze di esclusione della pena", per indicare appunto situazioni nelle quali la «fattispecie» perde la qualifica di illiceità.

Il terzo comma pone fine alla questione cui abbiamo accennato stabilendo che il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma – si badi – del comma I quando vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, e la formula del provvedimento non potrà essere altra che «il fatto non sussiste», proprio perché, così come formulato, l'articolo 530, III comma, c.p.p. offre una visione delle cause di giustificazione come elementi strutturali, anche se negativi, del reato nella costruzione della «fattispecie», la cui presenza priva questa della capacità di porsi in contrasto con una norma dell'obbligo (positivo o negativo)⁶⁶.

Ragionando diversamente, considerando cioè la scriminante una fattispecie autonoma in conflitto con la norma incriminatrice, si dovrebbe sostenere che, siccome estranea a questa, il dubbio sulla sua esistenza (compiutezza) non rileverebbe ai fini della pronuncia asso-

⁶⁵ La dottrina e la giurisprudenza prevalenti sostenevano, con varie argomentazioni, che si dovesse pervenire ad una sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove, opinione che successivamente ha trovato conferma legislativa tuttavia nella formula assolutoria più ampia. Per i termini del dibattito e per le citazioni che qui non è possibile richiamare v., per tutti, O. VANNINI e G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1986, p. 209, nt. 133, e p. 485 ss.

⁶⁶ Cfr., in termini problematici, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7ª ed., Torino, 2008, p. 596 s.

lutoria, non avendo nulla a che vedere con la fattispecie illecita⁶⁷, in palese contrasto però con il preciso dettato normativo che delinea una disciplina che con i rapporti fra norme nulla ha a che vedere.

Le considerazioni ora svolte consentono di prendere definitivamente le distanze da quelle tesi che considerano il fenomeno giustificante distinto da quello strutturale della fattispecie penale e che rievocano il *monstrum* della «fattispecie impeditiva» contrapposta a una figura incriminatrice.

Da un punto di vista strettamente scientifico non è metodologicamente corretto assimilare le ipotesi in cui una determinata situazione giuridica nasce a quella in cui la medesima situazione non si verifica pur in presenza di taluno dei suoi presupposti tipici: parlare di «fattispecie impeditiva» in riferimento alle cause giustificanti significa non tener conto che, in presenza di un'ipotesi scriminante, l'effetto giuridico non sorge perché il fatto illecito non viene nemmeno a esistenza.

L'avvenuto inserimento delle scriminanti nella fattispecie di reato a opera del legislatore, *equiparate*, a livello strutturale, agli elementi positivi⁶⁸, non ha però sopito un'altra questione agitata in dottrina, relativa alla formula di assoluzione da pronunciare in presenza di una causa dirimente il reato.

Non è un problema di poco momento, poiché le formule contemplate dalla legge – è stato autorevolmente rilevato – costituiscono delle anticipazioni della sentenza che sintetizzano le ragioni del proscioglimento⁶⁹, oltre a avere efficacia di giudicato nel giudizio civile e amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso (artt. 652 e 653 c.p.p.).

Pur presentandosi come unitaria, la sentenza di assoluzione può essere pronunciata secondo varie formule⁷⁰, per la corretta utilizza-

⁶⁷ Senza contare che l'errore su di una norma giustificante estranea al precetto penale sarebbe da considerarsi irrilevante, dirimente essendo solo una falsa rappresentazione di una "circostanza" relativa al fatto di reato e non ad altro. *Contra* F. CORDERO, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2006, p. 1002.

⁶⁸ Bisogna però guardarsi dal ritenere che l'art. 59, IV comma, c.p. introduca gli elementi negativi nella struttura del fatto. La presenza di questi è meramente eventuale e, qualora erroneamente supposti, escludono il dolo ma non concorrono affatto a delineare la fisionomia della «fattispecie astratta». Così, invece, M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 288 s., il quale cerca di superare l'*empasse* ricorrendo ad una prospettiva di lettura teleologica degli elementi del reato. V. anche G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 177 s.

⁶⁹ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Torino, 2008, p. 144.

⁷⁰ Cfr. D. SIRACUSANO, voce *Assoluzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, p. 925.

zione delle quali è necessario interpretare sistematicamente fra loro gli artt. 530 e 652 c.p.p., tenendo nel dovuto conto anche l'art. 129 c.p.p., nella forma di epilogo anticipato del dibattimento, tralasciando tutte quelle sentenze di proscioglimento emesse in via preliminare rispetto all'accertamento dei fatti, coerentemente considerate non vincolanti e non produttive di effetti extrapenal⁷¹.

Tale ultima disposizione, a differenza della altre due, non contempla il caso del proscioglimento per avere l'imputato commesso il fatto in presenza di una causa di giustificazione, ben potendo precedere – come detto – la sentenza vera e propria emessa a sèguito del dibattimento, ma sostanzialmente approdante allo stesso stato problematico di scegliere per quale delle soluzioni offerte dal primo comma dell'art. 530 c.p.p. optare: «fatto non sussiste» o «fatto non costituisce reato».

Per orientarsi nell'uno o nell'altro senso è d'uopo muovere da opzioni metodologiche che poggino su basi scientifiche sufficientemente solide. Questo perché – è stato di recente ribadito – a fianco di decisioni ampiamente liberatorie – quelle pronunciate con le formule «il fatto non sussiste» e l'«imputato non lo ha commesso» – vi sono sentenze che, pur non applicando una pena, comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo, costituendo per questi un pregiudizio morale, oltreché giuridico ai sensi dell'art. 652 c.p.p.⁷².

A tal proposito si registra una divergenza di opinioni, non solo tra il formante giudiziale e quello dottrinario, ma anche all'interno degli stessi.

Una consistente giurisprudenza, avallata da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ritiene che la formula assolutoria cui ricorrere per dichiarare la non punibilità di un reato in presenza di una causa di giustificazione sia «fatto non costituisce reato»⁷³.

Il ricorso alla formula assolutoria di cui si discute in tanto può essere accolto in quanto, da un lato, si ritenga che l'antigiuridicità non sia un elemento strutturale oggettivo del reato; dall'altro che il

⁷¹ Sul punto, L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, p. 371 s.

⁷² Corte cost., Sent. 31 marzo 2008 (dep. 4 aprile 2008), n. 85, in *Gazz. Uff.* 9 aprile 2008.

⁷³ Cass., sez. un., 29 maggio (28 ottobre 2008), n. 40049, Parovel, in *Guida al diritto*, n. 48, 2008, p. 63 e in *Foro it.*, 2009, II, c. 344 ss.

fatto “giustificato” permanga vivo nel suo contenuto offensivo nei riguardi di un interesse protetto⁷⁴.

Riguardo al primo punto non è coerente (in una logica tripartita) distinguere tra gli elementi oggettivi costitutivi quali la condotta, il nesso di causalità, l'evento e l'antigiuridicità, tutti invero attinenti al piano del fatto.

D'altro canto la stessa giurisprudenza entra in evidente contraddizione allorquando, nel decidere sulla formula decisionale da adottare, distingue fra elementi oggettivi (= fatto non sussiste) ed elementi soggettivi (= fatto non costituisce reato): tutti concorrono paritariamente alla descrizione della fattispecie penale, senza che sia possibile, a rigore, ricollegare alla mancanza dell'uno o dell'altro aspetto una diversa formula di proscioglimento.

In altri termini, in un caso ci troveremmo di fronte alla presenza di un elemento negativo e, nell'altro, alla mancanza di un elemento positivo della fattispecie di reato. Abbiamo, infatti, più volte ribadito che, le disposizioni che rientrano nella conformità a quello che una norma prevede come «fattispecie» di certe conseguenze sanzionatorie, sono, per ciò solo, elementi costitutivi di quella, per cui, a rigore, la formula «fatto non sussiste» dovrebbe valere in identico modo per tutti.

L'incertezza da cui appare dominato questo tema nell'elaborazione dottrinale e la tendenza, che oggi affiora, a demolire il “mito” dell'unità dell'ordinamento giuridico sino a ritenere che il giudice civile possa accertare il fatto di reato indipendentemente dalle conclusioni cui sia pervenuto il magistero penale, induce a dedicare qualche più attenta considerazione all'argomento, nel tentativo di recare un contributo alla chiarezza della terminologia e quindi all'univocità e precisione del concetto⁷⁵.

L'atteggiamento della giurisprudenza appare caratterizzato da un graduale distacco dalla decisione del giudice penale alla quale l'art. 25 c.p.p. 1930 attribuiva somma importanza. Si pensi al tema dell'accertamento del nesso di causalità regolato, anche per la materia civile, dall'applicazione dei principi generali delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e temperati, in assenza di altre norme nell'ordinamento, dal criterio della “regolarità causale”.

⁷⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 257.

⁷⁵ In tema di accertamento della responsabilità si è sostenuto che il giudice civile, qualora accerti, anche *incidenter tantum*, un fatto di reato ai soli fini civilistici, non sia vincolato dai rigorosi canoni del giudizio penale e non sono rari i casi in cui l'onere della prova gravi non solo sul danneggiato, ma anche sulla controparte che ad es. disponga di documentazione utile al primo (c.d. principio della vicinanza alla prova).

Tale applicazione, si dice, va adeguata alle peculiarità delle singole fattispecie normative della responsabilità civile. In particolare, muta la regola probatoria: mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, nel processo civile vige la regola della preponderanza dell’evidenza, o del “più probabile che non”, stante – come si è precisato – *«la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l’equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti»*⁷⁶.

Non solo. Le modifiche di sistema introdotte con il codice di rito penale del 1988 hanno definitivamente sancito la piena autonomia dei giudizi, rispetto alla prevalenza regnante in passato del processo penale su quello civile: il principio dell’unità della giurisdizione al fine di prevenire contrasti fra giudicati deve ritenersi definitivamente superato. Anche il giudice civile può, con gli strumenti a sua disposizione, prendere cognizione di un fatto di reato ai fini di sancirne la risarcibilità, e ciò a prescindere dalla punibilità e/o dall’improcedibilità di quello⁷⁷.

Ora, il tratto più caratteristico di questo nuovo orientamento si manifesta in un’accentuata tendenza alla rivalutazione dell’autonomia dei giudizi con la conseguenza però di porre in non cale un dato normativo fondamentale, assunto nel quale è manifesta la traccia di un’indebita sovrapposizione tra momenti naturalmente diversi del processo di interpretazione giuridica: quello relativo all’interpretazione del diritto positivo esistente e quello che espone un diritto desiderato.

Respinto il concetto dell’unità dell’ordinamento giuridico si fini-

⁷⁶ Cfr. Cass., sez. un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., p. 634.

Di questa importante sentenza si legga anche quanto sostenuto a p. 633: «Rimane il problema di quando e come rilevi giuridicamente (la) “concatenazione causale” tra la condotta di altri e l’evento ovvero tra il fatto di altra natura e l’evento (di cui debba rispondere il soggetto gravato della responsabilità oggettiva). In assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, ancora occorre far riferimento ai principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., con la particolarità che in questo caso il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l’elemento individuato dal criterio di imputazione e l’evento dannoso. In altri termini, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell’agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l’evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p.».

⁷⁷ Ne deriva che il giudice civile può servirsi di presunzioni e di prove legali per giungere all’affermazione della responsabilità “aquiliana” nei casi in cui il giudice penale non potrebbe arrivare ad accertare la colpa ai fini attributivi del fatto oggettivo. Cfr. Cass., sez. un. civ., 18 novembre 2008, n. 27337, in *Foro it.*, I, 2009, c. 767 ss.

sce per rinnegare una logica intrinseca del sistema⁷⁸. Sembra quindi opportuno, al fine di chiarire i nostri assunti, fissare l'attenzione su due disposizioni particolarmente asseverative: gli artt. 651 e 652 c.p.p.

Comune a entrambi è la forza di giudicato che possiede la sentenza penale di condanna o di assoluzione, pronunciata a séguito di dibattimento, nel giudizio civile o amministrativo di danno.

Nei limiti che qui interessano, l'accertamento che il «fatto non sussiste» o che l'«imputato non lo ha commesso» o che il «fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima» preclude l'esercizio di una nuova e indipendente azione civile per le restituzioni o il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso; sempre che – è questo il punto – il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile e a meno che abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'art. 75, II comma, c.p.p. e purché la sentenza cristallizzi un accertamento negativo⁷⁹.

L'importanza di tale norma – a parte l'ultimo inciso che può qui essere tralasciato – si coglie insomma in questo: che da esso si desume il criterio attorno al quale ruota la costruzione del concetto giuridico di prevalenza della decisione irrevocabile del giudice penale – alle condizioni dette – sulla libera valutazione del giudice civile⁸⁰.

Si desume, inoltre, una diversa considerazione che il legislatore ha dell'accertamento della mancata realizzazione del fatto e dell'azione assistita da una scriminante visto che ha sentito il bisogno di menzionare separatamente tali situazioni.

Chiusa questa breve, ma utile digressione per chiarire i termini del discorso e richiamato quanto sinora detto, è necessario spingersi oltre per superare la contraddizione fra le posizioni giurisprudenziali e dottrinali: anche il fatto commesso in assenza di elemento soggettivo non sussiste: manca un elemento essenziale. Resta da vedere se la visione sistematica dell'intero ordinamento offra spunti per una conclusione diversa, alla quale dovremmo giungere dopo aver formulato

⁷⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *La prova del nesso causale: spunti introduttivi*, in *Il diritto delle prove* (a c. di A. Cariola-A. Corsaro-G.D. D'Allura-F. Florio), Torino, 2009, p. 17 s. Contro l'unità sostanziale dell'ordinamento giuridico, ma senza una dimostrazione di diritto positivo, A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, p. 325 ss.

⁷⁹ F. CAPRIOLI e D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 120 ed *ivi* p. 109 ss. il necessario inquadramento storico a partire del codice di rito del 1930.

⁸⁰ Sui problemi suscitati a riguardo v. B. LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, p. 7 ss., spec. p. 31 ss.

un'ulteriore considerazione in ordine alla definizione del concetto di illecito.

Prima però può essere interessante constatare che, oltre all'art. 530 c.p.p. che utilizza il termine «fatto» in un'accezione ristretta (al pari dell'art. 47 c.p.), il legislatore processuale penale ricorre a detto termine in senso ampio, ad esempio, nell'art. 345 c.p.p. ai sensi del quale è consentita la riproponibilità dell'azione penale per il «medesimo fatto» se sopravvivono determinate condizioni di procedibilità (querela, istanza, richiesta o concessione dell'autorizzazione ovvero se viene meno la condizione che rendeva necessaria l'autorizzazione).

Può dirsi, allora, che l'art. 345 c.p.p. faccia riferimento al concetto di «fattispecie», alla formazione della quale concorre una serie eterogenea di elementi – comprese le condizioni oggettive di *punibilità* – e alla quale sono però estranee le condizioni di *procedibilità*, che attengono a un fenomeno diverso dal diritto sostanziale.

La citata «fattispecie» si profila, all'interno della sua struttura, svincolata da qualsiasi rapporto di “composizione” con altre disposizioni giuridiche non strutturali e risulta, pertanto, autonoma, legata, come detto prima, solo alle condizioni obiettive di punibilità.

Giova, a questo punto, prendere in considerazione un'altra disposizione che, come l'art. 345 c.p.p., riguarda le sentenze di proscioglimento ma che, rispetto a questo, si pone in forma residuale, riferentesi alle sentenze di proscioglimento per cause diverse da quelle ora citate.

L'art. 649 c.p.p., nella sua amplissima formulazione, non può non ricomprendere quelle situazioni in cui manca una condizione obiettiva di punibilità. Dispone, infatti, tale norma, che non si può essere nuovamente sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze.

Lasciato da parte ogni dibattito sui modi per configurare, a seconda dei casi, un certo fatto giuridico come condizione di procedibilità o quale condizione obiettiva di punibilità⁸¹, ci si avvede subito che il «fatto», così come richiamato dall'art. 649 c.p.p., deve intendersi in senso più ristretto rispetto al precedente art. 345 c.p.p. e contribuisce a tracciare una distinzione definitiva tra «fatto» e «fattispecie»⁸².

⁸¹ In argomento, per tutti, G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 2ª ed., Torino, 1993, p. 354 ss.

⁸² Segnaliamo che la dottrina processualista opera una distinzione tra “fatti giuridici”, che sono di per sé fattispecie perché produttivi di effetti e “fatti giuridici” che sono solo parte di fattispecie, individuando nel primo caso una fattispecie semplice e una fattispecie complessa nel secondo (G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*

Oggetto della preclusione *ex art. 649, I comma, c.p.p.* è il «fatto materiale»⁸³, inteso come condotta umana e, qualora previsto dalla norma incriminatrice, l'evento naturalistico⁸⁴, il quale è, a sua volta,

penali, cit., p. 44 s. *Contra* R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Studi Urbinati*, 1953-1954, p. 123 s.).

La varietà delle denominazioni offerte dalla dottrina non intacca affatto la distinzione da noi tracciata tra «fatto» e «fattispecie», avvertendo però che le due espressioni vengono spesso usate scambievolmente. Necessità di interpretazione sistematica impongono di rinvenire contrappuntisticamente un «fatto giuridico astratto» e una «fattispecie giuridica astratta», da un lato, e un «fatto giuridico concreto» e una «fattispecie giuridica concreta», dall'altro, come attuata corrispondenza allo schema o al modello.

⁸³ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, cit., p. 300.

⁸⁴ *Contra* F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1224 s.; U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, cit., p. 287.

Deve segnalarsi l'esistenza di una grossa discussione in dottrina e in giurisprudenza sulla nozione di «fatto processuale» sullo sfondo del principio del *ne bis in idem* e oggetto di trasposizione, da parte di taluni, anche in ambito sostanziale.

Cominciando dal primo punto è vivacemente discusso se il termine «fatto» debba essere inteso come elemento materiale ovvero in un'accezione ancora più ristretta, limitato alla sola condotta. La ragione del dissenso è evidente: la considerazione dell'evento naturalistico nell'economia dell'art. 649, I comma, c.p.p. implicherebbe, in caso di concorso formale eterogeneo e di progressione nel reato, «fatti» distinti: nulla osta alla perseguibilità di questi in nuovi processi. Questo qualora si aderisca alla tesi che la portata dell'art. 649, I comma, c.p.p. sia «tombale». Diverso il discorso condotto da altra parte della dottrina, la quale, pur continuando a intendere il «fatto processuale» siccome riferito alla sola condotta, non ritiene operante la preclusione processuale del divieto di un secondo giudizio al concorso formale di reati, omogeneo o eterogeneo, sulla base di una lettura combinata del *ne bis in idem* sostanziale ricavabile dall'art. 15 c.p. con quello processuale: G. LOZZI, *Procedura penale*, cit., p. 780 s.; conclusione cui giunge anche la giurisprudenza per la quale tuttavia la *medesimezza* del fatto si ha solo quando sono identici la condotta, l'evento e il rapporto di causalità, intesi, oltre che nella loro dimensione storico-naturalistica, come espressione di una medesima offesa. Sul punto, per tutti, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 7ª ed., Milano, 2006, p. 776 s.

Sull'applicazione sostanziale del *ne bis in idem* processuale sia inoltre consentito svolgere qualche brevissima riflessione. La concomitante integrazione delle due o più fattispecie – si dice – sarebbe esclusa in base alla considerazione secondo cui uno stesso avvenimento concreto non può venire accolto due volte allo stesso autore (cfr., per tutti, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 675; A. CADOPPI e P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2002, p. 418). Bisogna tuttavia precisare che, quella esposta, è una versione più ristretta della tesi che intende trasferire integralmente un principio processuale sul piano sostanziale. A entrambe può però obiettarsi che la preclusione di un nuovo giudizio per un medesimo fatto, oltre a fondarsi su ragione di certezza e di economia, tendenzialmente in contrasto con le esigenze di effettiva giustizia sostanziale (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1223), trova smentita dalla disciplina del concorso formale (cfr. altresì F. CAPRIOLI e D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 82). Inoltre, e questo ci sembra il punto più importante, casi che normalmente

un fatto giuridico, sussumibile in una previsione normativa, ma ancora non denominabile «fattispecie», richiedendosi, per la sua esistenza, che si aggiungano altri fatti giuridici, esterni al nucleo centrale (materiale) del reato ma interni a essa: come l'elemento soggettivo del reato, le circostanze del reato e le più volte richiamate condizioni obiettive di punibilità⁸⁵.

V'è, dunque, la possibilità d'intendere, anche nel diritto processuale penale, il termine «fatto» in tre accezioni differenti, risultanti dal materiale normativo esaminato: *a*) come mero elemento materiale del reato; *b*) siccome comprensivo dell'elemento oggettivo e soggettivo; *c*) come sintesi degli elementi cui la legge ricollega il verificarsi di determinati effetti giuridici (fattispecie)⁸⁶.

Non sembri neanche possibile obiettare che la nozione di «fattispecie», *in re* dotata del crisma della tassatività, non possa essere utilizzabile nel diritto processuale penale, stante il carattere fortemente discrezionale delle vicende processuali legate alla semplice indicazione di uno scopo.

Tralasciando ogni problematica, non essendo suscettibile di essere discussa in questa sede, è sufficiente notare che la creazione di situazioni giuridiche in capo ai soggetti processuali si pone come effetto di un rapporto predeterminato dalla legge. Che poi alcuni elementi della fattispecie processuale siano a carattere fortemente discrezionale dovuti alla loro indeterminatezza in funzione del risultato da conseguire, non significa affatto – com'è stato esattamente rilevato – predicane la superfluità o addirittura l'inutilità, essendo – la tassa-

sono ricondotti alla “sussidiarietà” non richiedono unicità del fatto e anche la tesi più restrittiva, che fa leva su giudizi di “continenza” strutturale fra norme astratte, lascia fuori – com'è stato con la massima autorevolezza rilevato – situazioni che le relazioni logiche tra fattispecie non sono in grado di risolvere nel senso del concorso apparente (M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, p. 63). Esattamente è stato quindi osservato (F. PALAZZO, *Diritto penale*, ed. 2008, cit., pp. 547-548) che il principio del *ne bis in idem* rappresenta nulla più che un criterio ispiratore, dovendo farsi ricorso a giudizi valutativi più precisi e oggettivamente controllabili. Sullo sviluppo della concezione giuridica e normoteorica del principio *de quo*, M. MANSDÖRFER, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlin, 2004, p. 32 ss. Per un approfondimento anche nell'ambito della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, p. 146 ss.

⁸⁵ Mette appena conto rilevare, in un'ottica di teoria generale, che il reato sottoposto a condizione è improduttivo d'effetti non per un difetto intrinseco, ma perché l'efficacia del fatto giuridico che denominiamo reato dipende da fatti giuridici esterni che, uniti a quelli interni, realizzano la piena corrispondenza al modello normativo (norma o fattispecie astratta comunque la si voglia denominare).

⁸⁶ Analogamente F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 989-990.

tività e la discrezionalità – due aspetti irrinunciabili della struttura della norma⁸⁷.

L'aver elaborato due nozioni di fattispecie valide per il diritto sostanziale e per quello processuale, non postula la necessità di tenerle distinte. Come si cercherà di chiarire più avanti, entrambe possono costituire una fattispecie “complessa”, funzionalmente proiettata verso la produzione di effetti giuridici⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. S. MESSINA, *Sull'utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, cit., p. 595.

⁸⁸ V., *infra*, Cap. V, § 4.

Capitolo III

Le qualifiche giuridiche funzionali

SOMMARIO: 1. L'«antigiuridicità» come qualifica funzionale. – 2. I rapporti tra «antigiuridicità» e «fatto tipico» nei più recenti svolgimenti dottrinali e giurisprudenziali (Segue). – 3. (Continua) La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* della Repubblica federale di Germania sui “tiratori” del Muro di Berlino (Segue). – 4. (Continua) La Corte costituzionale tedesca di fronte all'interruzione volontaria della gravidanza (*Schwangerschaftsabbruch*). – 5. Le relazioni fra «tipicità» e «antigiuridicità».

1. *L'«antigiuridicità» come qualifica funzionale*

Riprendendo ora le fila del discorso sulla formula assolutoria cui ricorrere in presenza di una causa di giustificazione, alla luce della considerazioni svolte non ci sembra che l'orientamento dominante possa essere accolto.

Rimanendo sul piano della teoria generale, è noto che il comportamento giuridicamente antidoveroso possa precipitare a elemento di una fattispecie di illecito quando sia previsto come presupposto del dovere di applicare una conseguenza sanzionatoria. Se rovesciamo il discorso possiamo dire che un comportamento lecito, non suscettibile di una valutazione in termini di dovere, implica l'inesistenza di un obbligo di impedire lo svolgimento dell'attività in cui si realizza la condotta, conforme al tipo normativo, del soggetto attivo¹.

La condotta scriminata non può definirsi illecita se fa riscontro l'inesistenza di una facoltà di impedire la condotta offensiva e, anzi, commetterebbe un fatto illecito chi tentasse di porvi ostacolo, pur se è prevista una conseguenza sanzionatoria espressa nella condanna all'adempimento di un'obbligazione risarcitoria.

Trasferendo l'indagine sul terreno prettamente dogmatico, è pos-

¹ In questi termini si era espresso F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 250 e, più di recente, G. LICCI, *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, 2008, p. 269 s.

sibile dedurre che la non punibilità di una «fattispecie», a seconda che ci si trovi in presenza di una causa di giustificazione o di una causa di esclusione dell'elemento soggettivo del reato, risponde a logiche ed esigenze enormemente differenti.

Il «fatto scriminato» impedisce al giudice di condannare a una pena o di infliggere una misura di sicurezza nonché di emettere condanna al risarcimento dell'eventuale danno patrimoniale o non patrimoniale. A colui che abbia subito l'azione giustificata non resta che adire il giudice civile che conoscerà del fatto solo al fine di stabilire un'indennità per il danno secondo il suo equo apprezzamento e nel solo caso previsto dalla legge all'art. 2045 c.c.

Nell'orbita di questa residuale forma di ristoro per il pregiudizio subito dall'azione facoltizzata si è sostenuto, a proposito dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., che questo abbia l'effetto di escludere la sola antigiuridicità penale, consentendo, in tal modo, di poter concretamente offrire una chiave interpretativa per l'art. 119 c.p. in materia di «comunicabilità» delle «circostanze di esclusione della pena» in regime di concorso di persone nel reato².

Va notato però che la soluzione al problema, più che costituire il tema di una vera e propria dimostrazione, è prospettata come una specie di verità intuitiva. Nel quadro delle premesse qui seguite è manifesto che non possono essere semplicemente trasposte le linee secondo cui si svolgono questi sviluppi argomentativi, non foss'altro perché l'«indennità» è cosa diversa dal «risarcimento» del danno³, e la residua responsabilità civile non vale a significare un diverso modo di intendere l'antigiuridicità penale, la cui assenza impedisce il sorgere del reato⁴.

La carenza dell'*elemento soggettivo*, a seconda dei casi, del dolo o della colpa, facendo venir meno la presa di posizione contraria a una norma di dovere, lascia libera la qualifica del fatto ai fini di una diversa valutazione da parte di altri settori dell'ordinamento, ciò per-

² V., M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, p. 198 ss.

³ Cfr. P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 55, il quale fonda la distinzione fra risarcimento e indennizzo sulla base della dicotomia fra «norma comando» e «norma garanzia». Esclusa la prima – si dice – rimane non solo la garanzia, ma anche un comando extrapenale, oppure la sola garanzia obiettiva, dalla quale deriverebbe appunto l'indennizzo.

⁴ Diversamente ragionando si dovrebbe ulteriormente differenziare, all'interno delle cause di giustificazione, fra scriminanti che escludono l'antigiuridicità globale ed esimenti che elidono solo l'illiceità penale, con la conseguenza ulteriore (ma inaccettabile) di richiedere la pronuncia di due distinte formule di proscioglimento: per le prime, «fatto non sussiste», per le seconde, «fatto non costituisce reato».

ché è dato distinguere fra una *forma oggettiva* di antigiuridicità, cui attengono le scriminanti, e una *forma soggettiva* di antigiuridicità rappresentata dall'elemento psicologico.

È agevole cogliere i diversi ordini di conseguenze che si dipanano dalle situazioni prospettate: nella prima si profila una sentenza di assoluzione o di condanna che esclude o consente di affermare l'esistenza di un fatto penalmente rilevante, nell'altra si sancisce l'irrilevanza penale di un fatto comunque oggettivamente illecito e che ben può porsi come presupposto per un'azione civile di risarcimento e di restituzione.

Da quanto è stato esposto dovrebbe risultare ormai chiaro che una considerazione dell'antigiuridicità in senso soggettivo e in senso oggettivo non ne preclude affatto una concezione unitaria anche se, a una diversa prospettiva, corrisponde un'altrettanto diversa conseguenza sul piano del sistema.

È un autentico problema di fondo quello relativo alla determinazione del limite entro cui si può pronunciare una formula di assoluzione o di condanna perché da questa si desume, fra le altre cose già richiamate, la erroneità di considerare l'antigiuridicità come elemento del reato.

L'equivoco nasce, infatti, da una netta inversione dei termini del discorso di teoria generale.

Si afferma che un «fatto» è illecito perché il suo autore ha violato un obbligo, quando è vero il contrario: che cioè, violazione di un obbligo è espressione convenzionale con cui si designa la circostanza dell'essersi verificato un «fatto» conforme a quello che una norma prevede come fattispecie produttiva di certe conseguenze sanzionatorie.

Lo scambio di prospettive è da ravvisarsi nella confusione in cui la dottrina è incorsa, tra il momento della *situazione* e quello della *valutazione*, quasi fosse una conseguenza obbligata o un'ineliminabile deficienza costituzionale del formalismo giuridico. I due momenti possono essere rappresentati su di un piano di rigorosa gnoseologia solo che si tenga conto delle due diverse accezioni nelle quali può essere assunta l'ipotesi normativa: quest'ultima funziona da criterio di qualificazione della condotta, in senso oggettivo e in senso soggettivo. Nel primo caso si presenta come un *quid* di oggettivo e opera su di un piano della realtà naturalisticamente intesa; il momento della situazione soggettiva, invece, si risolve in una categoria del pensiero giuridico, e di essa ci si serve per esprimere una relazione i cui termini oggettivi sono la proposizione linguistica del legislatore e la valutazione giudiziale.

Risulta, dunque, dimostrato che l'antigiuridicità non può assumere

connotati ontologici ma solo formali, caratterizzanti la condotta umana: *l'antigiuridicità è solo una qualifica funzionale.*

2. *I rapporti tra «antigiuridicità» e «fatto tipico» nei più recenti svolgimenti dottrinali e giurisprudenziali (Segue)*

La soluzione di alcuni fondamentali problemi di teoria generale del reato, come la mancanza di un elemento soggettivo di una causa di giustificazione visto come caso opposto all'errore su di un presupposto oggettivo di una scriminante, considerato allo stesso modo della mancata rappresentazione di un elemento del fatto, come l'errore di fatto sul fatto, riposa sull'accettazione o rifiuto di talune premesse dogmatiche. L'accettazione dell'una o dell'altra opzione interpretativa ha dirompenti effetti nell'applicazione giudiziaria delle norme.

Si fa l'esempio di *Tizio* che, a cagione della condotta di guida scorretta di *Caio* durante una coda automobilistica, scende dalla propria autovettura per picchiarlo, apra la porta dell'automobile di *Caio* il quale però pensa che *Tizio* voglia soltanto discutere verbalmente, ma, non avendone alcuna voglia, lo colpisce con un pugno al volto.

La teoria (limitata) della colpevolezza ammette l'operatività della causa di giustificazione solo se ne esistono tanto i presupposti oggettivi che quelli soggettivi. Nel caso di errore sui presupposti effettivamente esistenti di una causa di giustificazione non si riconosce l'esclusione del dolo per cui segue la punizione per il delitto corrispondente⁵.

Secondo la dottrina degli «elementi negativi del fatto» la causa di giustificazione è trattata – lo abbiamo già visto – allo stesso modo degli altri «elementi della fattispecie».

A identiche conclusioni giungono sia i giuristi tedeschi che i giuristi italiani, seguendo però percorsi argomentativi che merita in questa sede – seppur brevemente – richiamare⁶.

⁵ H.J. HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar* (a c. di B. Jähnke-H.W. Laufhütte-W. Odersky), 11^a ed., Berlin, 2003, p. 142 ss.

⁶ La teoria degli «elementi negativi del fatto» è per lo più considerata come una teoria generale, coincidente, nel risultato, a proposito dell'errore sull'antigiuridicità, con la «*eingeschränkte Schuldtheorie*», contrapposta alla «*strenge Schuldtheorie*», e ritenuta compatibile con la «*Vorsatztheorie*» per la quale è possibile considerare logicamente equivalenti gli elementi dell'antigiuridicità con quelli della fattispecie. I problemi della relazione tra antigiuridicità ed elementi di fattispecie, in caso di errore, si pongono solo con la *Schuldtheorie*, perché con la *Vorsatztheorie* il dolo è già escluso con la non coscienza dell'illecito. Un preciso «schizzo» in B. SCHÜNE-

Non pochi sono i germi di equivoco che si annidano in svolgimenti teorici che muovono da ben determinate impostazioni dogmatiche.

Secondo la dottrina tedesca, l'errore sul fatto (mancanza di un elemento soggettivo del fatto) può portare a una responsabilità colposa (e il risvolto: la mancanza di un elemento oggettivo del fatto può portare a una responsabilità per tentativo), così come la mancanza di un elemento oggettivo di una causa di giustificazione può portare a una responsabilità per colpa (così come la mancanza di una condizione soggettiva della stessa, porta a una responsabilità a titolo di tentativo nei confronti del fatto).

Considerato analiticamente, un eccesso su un elemento positivo oggettivo può portare a una responsabilità per colpa; un eccesso su elementi positivi subiettivi può portare al tentativo.

Un eccesso su elementi negativi soggettivi è uguale alla mancanza di elementi positivi soggettivi, uguale all'eccesso su elementi positivi oggettivi. Per ciò, l'errore sul fatto (eccesso su elementi positivi oggettivi) ha le stesse conseguenze dell'errore sugli elementi reali di una causa di giustificazione (eccesso su elementi negativi soggettivi).

Viceversa, un eccesso su elementi oggettivi negativi, equivalente alla mancanza di elementi positivi oggettivi, è identico all'eccesso su elementi positivi soggettivi. La mancanza di elementi soggettivi di una causa di giustificazione ha cioè le stesse conseguenze della mancanza di un elemento oggettivo del fatto⁷.

La "eingeschränkte Schuldtheorie" considera le cause di giustificazione analogamente agli elementi del fatto: applica quindi per via analogica le regole del tentativo alla mancanza di elementi soggettivi della scriminante.

Per la teoria "estrema-obiettiva", invece, la scriminante deve essere considerata puramente obiettiva.

La mancanza di elementi soggettivi nella struttura di una causa di giustificazione non incide affatto sulla sua esistenza: essa rileva per il solo fatto che lo stato giuridico di approvazione è venuto a esistenza. La mancanza di valore dell'atto potrà avere un significato morale ma non possiede alcun significato giuridico.

Anche questa teoria – si dice – traccia una differenza fra gli elementi delle cause di giustificazione e quelli del fatto, perché per que-

MANN e L. GRECO, *Der erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem*, cit., p. 777 ss.

⁷ B. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentar und des Wiener Kommentars*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 373.

sti ultimi, già sulla base delle regole legali, sono necessari presupposti obiettivi e soggettivi⁸.

Riguardo al primo approccio problematico possibili motivi di equivoco derivano dalla ricostruzione degli elementi negativi del fatto alla luce del fatto tipico (*id est*, non scriminato), secondo una cadenza argomentativa che ricalca la vetusta categoria dogmatica del c.d. *Mangel am Tatbestand*, nei casi di non completa sussistenza degli elementi della fattispecie in un determinato caso; figura alla quale si è in passato fatto ricorso per configurare i limiti del tentativo.

Ora, a parte le critiche definitive mosse alla figura delle *Erscheinungsformen* in generale e alla teoria del *Mangel am Tatbestand* in particolare e, segnatamente, alla ricostruzione del tentativo come reato imperfetto rispetto al delitto consumato⁹, non pare corretto ricorrere a tali costrutti epistemologici per spiegare il fenomeno della giustificazione nella meccanica degli «elementi negativi della fattispecie».

La «fattispecie» «atipica» nasce *ab origine* come lecita e non presenta elementi che possano essere esaminati sotto il profilo del danno criminale; salvi – come detto – i casi di residua responsabilità extrapenale che nulla hanno a che vedere con la problematica del risarcimento, e che si collocano in un'area di ri-equilibrio di interessi lesi per un danno comunque subito e al quale l'ordinamento accorda una forma di ristoro denominata *indennizzo*.

Il «fatto scriminato» non presenta porzioni mancanti rispetto alla fattispecie punibile: solo in un'ottica tripartita sarebbe possibile, di contro, argomentare in tal modo.

Sotto un profilo di teoria generale, tuttavia, s'è dimostrato che la tesi dell'antigiuridicità come elemento del reato non è accoglibile perché confonde il piano delle valutazioni normative con il piano delle relazioni strutturali fra «aspetti» ed «elementi» del reato. E si può aggiungere che, la tesi qui criticata, non distingue – com'è d'uopo fare – tra «fattispecie astratta» e «fattispecie concreta»: la prima non può mai presentare al suo interno «elementi negativi costruiti positivamente»¹⁰ i quali entrano a far parte della fattispecie nel momento in cui essa si «subietta», diventa cioè concreta; ma, a differenza degli «elementi positivi costruiti negativamente», gli «elementi negativi»

⁸ Per tutti, G. SPENDEL, *Notwehr*, in *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, 11^a ed., cit., p. 73; ID., *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, in *Deutscher Richterzeitung*, 1978, p. 331.

⁹ Si v. l'insuperato lavoro monografico di M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 48 ss.

¹⁰ Da tenere ben distinti dagli *elementi positivi costruiti negativamente* che sono, invece, elementi costitutivi necessari della fattispecie astratta.

possono venire a esistenza oppure no, senza che, in questo secondo caso, la fattispecie illecita ne risulti in alcun modo modificata: nella prima eventualità essa non nascerà affatto¹¹.

Quanto detto non costituisce una novità nel modo d'intendere la «fattispecie» nel diritto penale.

Dalla lettura d'innomerevoli disposizioni di legge è dato riscontrare delitti che si trovano lungo un determinato *iter criminis* e comprendono fasi di comportamento comuni: si pensi alla categoria dei «reati progressivi» (lesioni-omicidio; devastazione-danneggiamento), e a molti «reati complessi in senso stretto», nei confronti del o dei reati che, autonomi, intervengono come elementi costitutivi del primo (rapina per lo più impropria-furto), a molti «reati complessi in senso ampio» a contenenza esplicita (reati che implicano violenza o minaccia per costringere taluno a fare, tollerare od omettere qualche cosa – articoli 294, 336, 338, 519, 521 e 533 c.p. – e delitto di violenza privata).

Altre volte la descrizione legislativa, identica per quanto si riferisce al comportamento criminoso, varia in ordine a momenti diversi della fattispecie: differente oggetto materiale (furto-furto di cosa comune), differente soggetto passivo (ingiuria-oltraggio a un magistrato in udienza), atteggiamento psicologico del soggetto agente (furto-furto d'uso), atteggiamento psicologico del soggetto passivo (omicidio-omicidio del consenziente)¹²: in tutte queste ipotesi le fattispecie sono costruite senza tener conto né degli elementi negativi né di altre disposizioni che, in concreto, possono dar vita a una diversa fattispecie criminosa.

¹¹ L'eventuale presenza, nel processo di subiettivazione della norma penale, di «elementi negativi costruiti positivamente» giustifica la necessità di continuare a predicare una distinzione come quella proposta nel testo e di vincere le perplessità di A. GARGANI (*Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., p. 22) per il quale tale distinzione – comportante, a sua volta, ulteriori sotto-distinzioni – sarebbe priva di una reale utilità. L'assenza di scriminanti nella «fattispecie astratta» come risultato dell'indagine di teoria generale consente di spiegare nel modo più lineare i casi di «scriminante putativa», qualora il soggetto si rappresenti una circostanza di esclusione della pena «concretamente» non esistente, e di respingere definitivamente le obiezioni alla «teoria degli elementi negativi del fatto», in quanto ciò che non è contemplato nella fattispecie astratta, non deve riflettersi nella psiche dell'agente.

A questa tesi può essere accostata quella di matrice austriaca che distingue fra «(gesetzliches) Tatbild» (che è poi la traduzione più fedele, in lingua tedesca, del termine latino «*facti specie*») e «(strafrechtlicher) Tatbestand». Senza che sia qui possibile dilungarsi, la distinzione fra una «fattispecie legale» e una «fattispecie concreta» è comunque necessaria per individuare gli elementi che devono essere oggetto del dolo o della colpa. Cfr. O. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Wien-New York, 1994, pp. 49-50.

¹² Per la terminologia usata v., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 537 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Padova, 2009, p. 470 s.

Si tenga presente che le ipotesi proposte possono prevalere o soccombere le une rispetto alle altre secondo un meccanismo che ricalca il più generale criterio della specialità in concreto, come emerge – oltre che dall'art. 15 c.p. – dalle disposizioni che non escludono la punibilità per una fattispecie che, in concreto, si specializzi rispetto a un'altra: artt. 41, II comma, c.p.: «Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita»; 47, II comma, c.p.: «L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso»; 49, II comma, c.p.: «Nei casi previsti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso»; 56, III comma, c.p.: «Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso».

Muovendo dalle tesi di derivazione belinghiana non sarebbe possibile attribuire alcun significato al III comma dell'art. 49 c.p. il quale chiarisce, una volta per tutte, in una disposizione dedicata – fra l'altro – alla possibile sfasatura fra tipicità e offensività¹³, che nel “fatto” possano comparire elementi di una fattispecie diversa, la quale, in concreto, prenderà vita al posto di quella, *prima facie* applicabile, e caratterizzata solo attraverso elementi assunti come componenti di carattere essenzialmente formale¹⁴.

3. (Continua) *La giurisprudenza del Bundesgerichtshof della Repubblica federale di Germania sui “tiratori” del Muro di Berlino (Segue)*

Accanto a tali ultimi classici problemi sono state sollevate ulteriori, attuali questioni che hanno finito per riunire tutte le obiezioni

¹³ Per tutti, I. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 369; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, p. 617 ss.

In una prospettiva di teoria generale G. LICCI (*Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, p. 264) ha esattamente osservato che, con riferimento alla «norma reale» risultante dalla convergenza di tutte le disposizioni e principi emergenti dal sistema, si rivela privo di interesse disquisire se possano presentarsi dei casi di non coincidenza fra «tipicità» e «offesa»: quest'ultima fa parte della portata logico-significativa del dato normativo.

¹⁴ In generale, sugli elementi specializzanti aggravanti e attenuanti e sulla relativa disciplina dell'errore e dell'ignoranza v., per tutti, A. CADOPPI, G. DE SIMONE, M. DONINI e A. MELCHIONDA, *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a c. di F. Bricola-V. Zagrebelsky), 2ª ed., Torino, 1996, p. 679 ss.

mosse e sulle quali ci intratterremo ora, ricordando che, se la dottrina italiana si è limitata a studiare il tema a livello strettamente teorico, continuando a muoversi entro la cornice teoretica «teoria bipartita»-«teoria tripartita», in Germania, la soluzione della *querelle* – se gli elementi del fatto e dell’antigiuridicità debbano essere posti sullo stesso piano oppure essere intesi in modo differente – comporta, a sua volta, la soluzione di importanti problemi giuridici.

Uno di questi, per la grossa eco riscontrata nelle aule giudiziarie, è stata la punibilità degli autori dei “fatti” commessi dalle guardie di frontiera a protezione del “muro di Berlino”¹⁵.

Per valutarne la punibilità bisognava innanzitutto vedere secondo quale “diritto” l’agente sarebbe stato punito meno severamente, poiché anche nella Repubblica democratica tedesca, come d’altronde in tutti gli ordinamenti giuridici, erano previsti molti casi di omicidio.

Problemi pongono quei casi nei quali il fatto sarebbe stato giustificato ai sensi del § 27 della legge di frontiera della ex DDR, secondo il quale non era illecito l’uso di armi da fuoco se l’agente avesse agito per impedire il reato di attraversamento della frontiera; soluzione avallata anche dalla giurisprudenza¹⁶.

Secondo il § 1, III comma, *DDR-StGB*, erano da considerarsi reati quei fatti per i quali, nel caso singolo, era prevista la pena della reclusione superiore a due anni e il § 213 *DDR-StGB*, che puniva l’attraversamento illegale, nei casi più gravi di cui al comma II prevedeva la reclusione da uno a cinque anni.

Era, di conseguenza, pienamente sostenibile, da un punto di vista giuridico, riconoscere alle guardie di frontiera l’esistenza dei presupposti di applicabilità del § 27 *DDR-GrenzG*.

I soldati di frontiera erano inoltre obbligati, secondo le prescrizioni di servizio (DV 30/9 del 1.08.1963 nn. 64 e 666) a evitare, con l’uso di armi da fuoco, l’attraversamento della frontiera, così che la giustificazione emerge dall’ordinamento giuridico della *DDR* anche sotto forma di adempimento di un dovere scaturente da un ordine¹⁷.

Dopo la riunificazione del 1989 e la conseguente estensione del sistema giuridico della Repubblica federale tedesca ai *Länder* della ex *DDR*, si era posto il problema di come poter chiamare a rispondere di omicidio le guardie di frontiera che avessero cagionato, con le loro

¹⁵ BGH, 3.11.1992, BGH St 39, in *Neve Justiz*, 1992, p. 155.

¹⁶ S. BUCHNER, *Die Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts*, Frankfurt a.M., 1996, p. 79.

¹⁷ H.J. HIRSCH, *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, 11^a ed., cit., vor § 32 Rn. 173, p. 210.

condotte doverose, la morte di molti soggetti rimasti “al di qua” del Muro di Berlino.

Per poter punire i “tiratori del muro”, senza violare il divieto di retroattività della legge penale incriminatrice (art. 103, II comma, Cost. tedesca), la dottrina aveva prospettato alcune soluzioni.

Un primo percorso da intraprendere sarebbe stato il disconoscimento della causa di giustificazione configurata dal § 27 *DDR-Grenzgesetz* o dal DV 30/9, giungendo al risultato di poter punire l'autore ai sensi del § 113 *DDR-StGB* (omicidio doloso) e, di conseguenza, ai sensi del § 212 *StGB* (*Totschlag*), non ricorrendo l'ipotesi attenuata del § 213 *StGB* (*Minder schwerer Fall des Totschlags*)¹⁸.

Per giustificare l'assunto si era sostenuto, da una parte, che i giudici della ex *DDR* avessero falsamente applicato il § 27 *GrenzG* il quale non era da accordare secondo un'interpretazione favorevole ai diritti dell'uomo. Da un altro punto di vista, il § 27 era da considerarsi inesistente perché violava i diritti umani più elementari, rifacendosi a seconda dei casi, al diritto naturale («Formula di Radbruch»)¹⁹ oppure ai principi consacrati dal diritto internazionale²⁰.

Di fronte a tali problemi la giurisprudenza tedesca, con alcune ambiguità e discrasie, si è orientata per negare validità al diritto della *DDR* e per l'inapplicabilità della causa di giustificazione di cui al citato § 27, con riferimenti anche al diritto internazionale per dare – com'è stato autorevolmente precisato – un fondamento anche positivo alla «Formula di Radbruch»²¹.

Ciò che colpisce particolarmente nel nostro caso, è il riconoscimento di un “meta-diritto” che guida le decisioni giurisprudenziali,

¹⁸ Recita il § 213 *StGB*: «*War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingewiesen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor ...*»

¹⁹ M. FROMMEL, *Die Mauerschützenprozesse – Eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel*, in *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (a c. di F. Haft), Heidelberg, 1993, p. 90; W. NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt a. M., 1996, p. 44 s.; K. SEIDL, *Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse*, Berlin, 1999, p. 43; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, *passim*.

²⁰ S. BUCHNER, *Die Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts*, cit., p. 265 ss. Ulteriori riferimenti in G. WERLE, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, p. 826, e nt. 74, il quale cita la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 24.10.1996 che ha ritenuto la decisione della Cassazione conforme alla Costituzione federale.

²¹ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 99. Contro la formula di Radbruch v., per tutti, H. DREIER, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in *Juristenzeitung*, 1997, p. 421 ss.

emesse per dare una risposta alla domanda, di carattere strettamente esegetico, se le morti cagionate dalle guardie di frontiera avrebbero dovuto essere giustificate ai sensi del § 27 *GrenzG* oppure dell'“ordine” di servizio del DV 30/9²².

A tal proposito gli Autori hanno distinto tre fondamentali concetti del diritto: un concetto etico; un concetto giuridico e un concetto sociologico.

Mentre i concetti giuridici e sociologici possono essere compresi nella superiore categoria del «concetto del diritto positivo», secondo il concetto etico del diritto il § 27 e il DV 30/9 sono applicabili solo se la scriminante è supportata da un criterio morale. Un'applicazione del diritto non potrebbe avere luogo, secondo la “Formula di Radbruch”, se la negazione della giustizia raggiungesse una misura insopportabile²³.

Ora, il § 27 *GrenzG* è una norma autorizzante l'impedimento di reati, certamente non in contrasto, di per sé, con il “senso di giustizia”, ma avrebbe potuto esserlo se applicato ai casi di attraversamento illegittimo della frontiera in relazione al considerevole impedimento imposto alla libertà di espatrio; limitazione peraltro vietata dal diritto internazionale²⁴.

Con la firma del Patto internazionale dei diritti civili e politici (generalmente inteso come concretizzazione del diritto naturale) la comunità di Stati si impegna a garantire la libertà di espatrio (art. 12). Considerare, sotto questo aspetto, l'applicazione del § 27 *GrenzG* e del DV 30/9 ai casi delle “Guardie del muro”, come un'insopportabile negazione della giustizia, è pienamente sostenibile.

Secondo il già esaminato concetto “giuridico”, il diritto è considerato un fenomeno normativo. Indipendentemente da criteri etici qualsiasi materia può essere “diritto”: non è possibile punire le guardie di frontiera senza violare l'art. 103, II comma, della Costituzione tedesca perché la causa di giustificazione deriva dal diritto positivo della DDR.

A tal proposito bisogna distinguere.

Per l'elevata pena editale prevista per l'attraversamento illegale della frontiera era giuridicamente consentito – secondo l'interpretazione dell'epoca – accordare ai soldati la scriminante dell'adempimento

²² Sul problema della coscienza dell'illiceità dei comportamenti dei soldati posti a guardia del muro, H. SIEKMANN, *Das Unrechtsbewusstsein der DDR-„Mauerschützen“*, Berlin, 2005, p. 75 ss.

²³ Sulla “prima” e sulla “seconda” formula di Radbruch v., con ampiezza di citazioni, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., pp. 6-7, p. 315 ss.

²⁴ S. BUCHNER, *Die Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen*, cit., p. 302.

mento di un dovere (nella specie: uso legittimo delle armi), dato che agivano per impedire il compimento di un reato.

V'erano stati certamente degli eccessi nei quali era stato aperto il fuoco contro dei profughi in una fase preparatoria, dove quindi le guardie del muro non impedivano alcun valicamento, e difettavano gli elementi costitutivi della scriminante dell'uso delle armi, così come configurata nel codice penale tedesco orientale.

Il *Bundesgerichtshof* compie un ulteriore passo in avanti, interpretando il diritto della *DDR* generalmente rispettoso dei diritti dell'uomo e considerando i soldati di confine legati al principio di proporzionalità (così come lo erano gli organi dello Stato) e giustificati secondo l'ordinamento della *DDR*, nonostante, di fatto, le leggi fossero applicate con "parzialità" nel senso della "giustizia socialista"²⁵.

Le restrizioni del *BGH* non derivano però dal tenore del § 27 *GrenzG*, e il principio di "parzialità" nell'applicazione del diritto della *DDR* ne vietava un'interpretazione restrittiva, imponendo piuttosto un'applicazione ben oltre i limiti ricavabili dalla norma. Non era sufficiente neanche il requisito della *proporzione*, indispensabile nella struttura di una causa di giustificazione, come mostra l'esempio della legittima difesa.

Qualsiasi interpretazione restrittiva del § 27 *GrenzG* sarebbe perciò da respingersi. Secondo il "concetto giuridico" del diritto, l'uso delle armi a protezione del muro di Berlino era, di massima, giustificato e gli eccessi sicuramente punibili anche secondo il diritto della ex *DDR*.

È appena il caso di ricordare che, secondo l'approccio "sociologico", il diritto non dipende né da criteri morali né da disposizioni di legge scritta, bensì dalla sua effettiva vigenza. In sostanza, nessun tiratore del muro avrebbe dovuto aspettarsi una sanzione, neanche nei casi di eccesso: secondo il "concetto sociologico" del diritto i tiratori del muro non sarebbero (stati) punibili.

La soluzione di condanna del *BGH* è perciò comprensibile solo se confrontata con il "concetto etico" del diritto.

Venendo adesso al punto che interessa, dobbiamo chiederci se il disconoscimento di una causa di giustificazione, come sarebbe per una "concezione etica" del diritto, lasci spazio all'incriminazione per omicidio.

Ciò sarebbe possibile solo se la fattispecie penale fosse (come si ammette) contenuta in un ordine giuridico indipendente dalle cause di giustificazione: uccidere è, di massima, vietato e la norma permis-

²⁵ F.C. SCHROEDER, *Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingsschießungen zwischen Transzendenz und Immanenz*, in *Juristische Rundschau*, 1993, p. 49.

siva escludente il divieto è collocata solo a un secondo livello. La scriminante è considerata "legge eccezionale": le scriminanti sono separabili dalla fattispecie, giacché il divieto di uccidere uomini ha un senso anche senza eccezioni²⁶.

In senso contrario si argomenta che le norme permissive in vigore al tempo della DDR devono essere considerate come tutte le altre, perché la valutazione di una condotta è fatta allo stesso modo da proposizioni giuridiche positive o negative²⁷.

Secondo un'altra dottrina, il legislatore, nel prevedere una causa di giustificazione, asporta casi ben precisi dalla regola. La validità in modo completo della regola non sarebbe voluta. Le norme sono prodotti della volontà del legislatore e un'estensione dello spettro della condotta punibile necessita di un nuovo atto di volontà.

Se si elimina una scriminante manca in ogni caso la volontà del legislatore che l'aveva compresa nella portata della norma. Da ciò deriva un vuoto normativo, non un'alea di punibilità; questa sarebbe ammissibile solo secondo una norma penale di diritto prettamente naturale che, però, pone dei problemi in riferimento all'art. 103, II comma, della Costituzione tedesca²⁸.

È giunto il momento di rispondere alla domanda se una norma penale possa essere applicata indipendentemente dalle cause di giustificazione stabilite dal legislatore. Per la soluzione a questo interrogativo si arriva di nuovo al problema del rapporto tra fattispecie e scriminanti.

Se si accetta la dottrina della «fattispecie-quadro», concepire l'esistenza delle cause di giustificazione indipendenti dalla fattispecie è senz'altro possibile. Qualora invece si sposi la tesi degli «elementi negativi della fattispecie», per la quale l'illecito e il fatto sono costruiti da elementi negativi e positivi, l'annullamento della causa di giustificazione non è assolutamente possibile dato che una parte della norma non può essere cancellata senza che questa modifichi il proprio significato.

Ci occuperemo più avanti della sostenibilità dell'una o dell'altra proposta sapienziale. Sia sufficiente, per il momento, aver esposto i termini del discorso; discorso che non potrà essere rettammente inteso se non si ha presente un altro problema giuridico di somma importanza pratica, che completa il quadro che siamo andati sin qui deli-

²⁶ S. BUCHNER, *Die Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen*, cit., p. 89 s.

²⁷ J. RENZIKOWSKI, *Zur Strafbarkeit des Schußwaffengebrauchs*, cit., p. 153.

²⁸ G. JAKOBS, *Untaten des Staates-Unrecht im Staat*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 11-12.

neando e che getterà una luce nitida sui rapporti fra *tipicità* e *anti-giuridicità*.

4. (Continua) *La Corte costituzionale tedesca di fronte all'interruzione volontaria della gravidanza* (Schwangerschaftsabbruch)

Un altro problema agitato presso l'ordinamento tedesco e che ha portato a una pronuncia della Corte costituzionale, riguarda l'interruzione volontaria della gravidanza²⁹.

Il § 218a, comma 1° *StGB*, così come risultante dalla riforma del 21.8.1995, dispone che l'ipotesi di cui al § 218 *StGB* (*Schwangerschaftsabbruch*) non si realizza se ricorrono i casi previsti dai commi successivi³⁰. A questa formulazione si è arrivati attraverso una discussa sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 1993 sul precedente tenore dell'art. 218a, I comma, *StGB* dichiarato costituzionalmente illegittimo perché considerava l'aborto lecito (meglio: *nicht rechtswidrig*) qualora richiesto da una donna, purché fosse stato praticato non prima di tre giorni dalla consulenza medica (*Beratung*) e sempre che a intervenire fosse stato un medico nelle prime dodici settimane di gravidanza.

La Corte prosegue sostenendo che, nonostante l'aborto non sia costituzionalmente *legittimo*, non significa che esso debba essere necessariamente penalizzato, potendo essere, invece, costituzionalmente *ammissibile*. Se il legislatore lo considera più efficace, può, infatti, optare per un sistema di protezione del nascituro che incentri la sua attenzione sulla consulenza medica e aiuti la donna incinta nella prima fase della gravidanza, piuttosto che puntare tutto sulla repressione penale.

Facendo uso dei poteri conferitigli dall'art. 35 della legge regolatrice della Corte costituzionale, il *BVerfG* ha stabilito alcune disposizioni transitorie nelle quali non si legalizza di certo l'aborto ma lo si decriminalizza.

In altri termini, poiché l'ordine giuridico si esprime attraverso condotte richieste, obblighi e divieti, la Corte, in accordo con la sua precedente giurisprudenza³¹, ritiene che il diritto alla vita costituzional-

²⁹ *BVerfG* v. 28.5.1993, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 88, 1993, p. 205 ss., citata anche da U. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. I, 3ª ed., Baden-Baden, 2007, p. 81 s.

³⁰ Dispone il § 218a *StGB*: «Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn...». Sulla struttura della norma e sua posizione nell'ordinamento v. R. MERKEL, *Der Schwangerschaftsabbruch*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts* (a c. di C. Roxin-U. Schroth), 3ª ed., Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2007, p. 158 s.

³¹ *BVerfG*, 25.2.1975, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 39, 1975, p. 44.

mente garantito renda illecita l'interruzione della gravidanza durante tutta la durata della gestazione.

Un'esclusione dell'antigiuridicità significa però che il comportamento è lecito, e tali prese di posizione del legislatore, tipiche della normazione penale, hanno validità per l'intero ordinamento giuridico. Il divieto astratto è, per questa ragione, non più "garantito".

Secondo la Corte sarebbe costituzionalmente ammissibile solo una "causa di esclusione della fattispecie" (*Tatbestandsausschluss*) che non intacchi il divieto supremo³².

La questione se l'aborto conservi una sua nota d'illiceità per altre branche dell'ordinamento rimane aperta.

L'esclusione della tipicità dà al legislatore la possibilità, in accordo con le esigenze costituzionali, di tutelare la vita pre-natale per mezzo di strumenti messi a disposizione da altri settori dell'ordinamento giuridico: ciò non sarebbe possibile se nel diritto penale tale comportamento fosse considerato non illecito, cioè permesso.

Alla base c'è la considerazione che, qualora l'interruzione fosse da considerarsi *scriminata*, l'azienda sanitaria dovrebbe pagare l'intervento ospedaliero e il datore di lavoro adempiere all'obbligo di retribuzione; cosa che non accadrebbe nel caso in cui l'aborto fosse considerato penalmente "atipico". In altri termini: qualora il comportamento perdesse rilevanza penale a cagione dell'esclusione della tipicità, potrebbe tuttavia perdurare altrove illecito, con conseguenze di non secondaria importanza.

Riassuntivamente, può darsi per accertato che il problema ruota attorno all'interrogativo se il legislatore possa prevedere casi in cui, pur risultando esclusa la tipicità penale di un comportamento, questo resti vietato in altri ambiti dell'ordinamento³³.

Secondo la teoria degli "elementi negativi della fattispecie", la differenziazione operata dalla Corte costituzionale tedesca sarebbe in ogni caso senza valore. Poiché le cause di giustificazione sono elementi negativi della fattispecie, la loro presenza ne esclude l'esistenza. La formulazione "non conforme alla fattispecie" e "non antigiuridico" hanno, secondo questa tesi, lo stesso significato.

Da ciò ne deriva – per la dottrina tedesca – che la concezione adottata dalla Corte costituzionale delle cause di giustificazione si fonda nuovamente sulla dottrina del *Leitbildtatbestand*³⁴.

³² H.L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit., p. 395 s.

³³ BverfG, 28.5.1993, cit., p. 273 ss.

³⁴ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 158 ss. il quale basa la differenza materiale fra il *Leitbildtatbestand* e la *Rechtfertigung* sulla rilevanza sociale della conformità alla fattispecie (*Tatbestandsmäßigkeit*). L'uccisione di una persona

Senza dilungarci ulteriormente sul dibattito che la presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht* ha suscitato tanto presso gli oppositori che presso i sostenitori della decisione, precisamente nella formulazione – definita “misteriosa”³⁵ – di una causa «esclusione della fattispecie», la costruzione di una condotta “priva di tipicità” ma “antigiuridica” e, con ciò, l’accettazione di un’antigiuridicità “spaccata”, suscita perplessità per la sua correttezza dogmatica.

La discussione precedentemente riportata ci consente di gettare maggior luce su una questione che, lungi dall’essere prettamente teorica, si dimostra, come visto, gravida di notevoli implicazioni pratiche e di perplessità.

Muovendo dalle due sentenze citate, rispettivamente della Cassazione e della Corte costituzionale tedesche, considerate come “ipotesi di lavoro” per le conclusioni cui vorremmo giungere, possiamo prendere posizione sulle due tematiche affrontate da dette pronunce, aventi a oggetto argomenti decisamente irriducibili, ma accumulate dall’oggetto dell’indagine: i rapporti tra «fattispecie» e «antigiuridicità» a proposito dei quali dobbiamo ora esporre le nostre considerazioni.

5. Le relazioni fra «tipicità» e «antigiuridicità»

Cominciando dalla pronunzia del *Bundesverfassungsgericht* del 1993, il raffronto con la legislazione vigente in Italia introdotta con

per legittima difesa non costituisce un illecito (nel senso dell’*Unrecht*), mentre la condotta difensiva deve essere compresa in un “contesto d’azione” (*Handlungskontext*) per poter essere socialmente tollerata. La “giustificazione” del comportamento non elimina però, di per sé, la rilevanza sociale della conformità alla fattispecie della quale la condotta si fa portatrice. Per questo motivo la fattispecie deve essere considerata come realtà indipendente dalle cause di giustificazione: individuare un contesto di condotta non è per niente necessario se si disquisisce di una condotta atipica. JAKOBS vede una differenza legislativa fra la *Tatbestandslosigkeit* e la *Rechtfertigung* nella diversa rilevanza sociale delle due situazioni, seguendo un filo conduttore funzionalista che porta a confondere il piano delle valutazioni sociali con quello delle valutazioni giuridiche.

Com’è noto, non esiste nessuna correlazione analitica tra i fenomeni sociali e quelli giuridici, essendo i due sistemi indipendenti. I fenomeni sociali assumono giuridica rilevanza solo allorquando una norma giuridica ne assume i contenuti, non certo per effetto di un’attività interpretativa. Il vizio metodologico della tesi di JAKOBS sta nel considerare i comportamenti giustificati conformi a fattispecie siccome socialmente rilevanti, al contrario di quelli atipici, differenziazioni che sono però di natura squisitamente sociologica, non dimostrabili sul piano giuridico e, in quanto tali, concettualmente erronei.

³⁵ Cfr. H. TRÖNDLE e T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54^a ed., München, 2007, p. 1416 s. ed *ivi* i necessari riferimenti

la l. 22 maggio 1978, n. 194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), presenta – anche per le evidenti affinità con la normazione tedesca – notevoli profili di interesse.

Il delitto di cui all'art. 18 l. 194/1978 mostra un'area di lecito penale, che, tuttavia, rientra in uno schema molto più articolato, in quanto, il sistema delineato dalla legge sanziona sia chiunque cagioni l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna, sia la pratica dell'aborto senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8 (art. 19).

Il consenso della donna opera non quale causa di giustificazione dell'interruzione della gravidanza, «elemento negativo» della fattispecie, bensì quale «elemento positivo». A differenza dei casi nei quali il consenso funziona come elemento negativo, qui, oltre a essere validamente prestato, deve essere circondato da cautele e assistito da modalità esecutive, che, qualora non rispettate, non esonererebbero la donna da responsabilità. Tutti elementi che fanno ritenere che il consenso sia un elemento costitutivo (positivo) della figura di reato, non essendo da solo sufficiente a rendere non punibile l'interruzione volontaria della gravidanza.

Quanto detto si rivela prezioso per marcare, da un lato, l'autonomia concettuale delle scriminanti, dall'altro, da un punto di vista sistematico, la loro più precisa configurazione come «elementi negativi della fattispecie penale».

Da qui si possono adesso meglio chiarire i rapporti fra «tipicità» e «antigiuridicità»³⁶.

Innanzitutto, non sembra corretto sostenere che una fattispecie «atipica» sia da considerarsi comunque antigiuridica.

Ragionando nel modo proposto dal *BVerfG* si dovrebbe concludere che il comportamento interruttivo della gravidanza sarebbe, per ciò solo, *impedibile*, soggetto a una sanzione generale apprestata dall'ordinamento nei confronti di una condotta che permane nella sua illiceità.

Ne deriva che le relazioni fra «tipicità» e «antigiuridicità» sono molto più complesse e diverse rispetto a quanto ritenuto dalla Corte costituzionale tedesca; tesi, fra l'altro, e sotto molti profili, criticata dalla dottrina³⁷.

³⁶ La ricerca di qualcosa “al di fuori” della tipicità che aiuti a distinguere la “fattispecie tipica” dalla “giustificazione” costituisce il nucleo dell'indagine – sovente dimenticata – di E. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag* (a c. di P. Bockelmann-Arth. Kaufmann-U. Klug), Frankfurt a.M., 1969, p. 441 ss.

³⁷ A. ESER, *Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-*

Abbiamo più volte detto che le «scriminanti» hanno la capacità di escludere la nota dell'«illiceità» e, quindi, la rilevanza penale del fatto. Non è detto, né sarebbe contraddittorio, che il legislatore sia obbligato a ricorrere alle scriminanti per ridurre l'area del penalmente rilevante, ben potendo conseguire lo stesso risultato attraverso la formulazione degli elementi positivi più acconcia allo scopo perseguito con la posizione della norma.

La legislazione offre, a riguardo, esempi significativi di limitazione della tipicità, costruiti come «sub-fattispecie» non punibili, secondo un sistema che ricorda il meccanismo dei cerchi concentrici del concorso apparente di norme³⁸.

Si può addurre l'esempio del terzo comma dell'art. 2634 c.c. che considera, nel delitto di infedeltà patrimoniale, “non ingiusto” il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondamentalmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

La modifica apportata rispetto al primo comma consiste nel mutamento di un elemento normativo oggetto del dolo specifico, che non riveste più i caratteri dell'illiceità qualora accompagnato dalle modalità richieste dal testo normativo, teso a sottrarre dalla sfera incriminatrice una “porzione” di fattispecie che diventa penalmente non più rilevante³⁹.

Questa tecnica legislativa non crea cause di giustificazione – seppur simile per talune sfumature a quella dell'esercizio di una facoltà legittima – e proprio dall'analisi della formulazione normativa, in riferimento a situazioni scriminanti vere e proprie, è possibile affermare – a livello sistematico – che la diversa modulazione degli elementi normativi della fattispecie penale indichi l'esistenza di elementi positivi che concorrono a costituirne la fisionomia “astratta”⁴⁰.

Il fenomeno della giustificazione, strutturalmente parlando, è molto

Urteils, in *Juristen Zeitung*, 1994, p. 505; W. GROPP, *Atypische rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber* (a c. di K. Amelung), Heidelberg, 2003, p. 115 ss.

³⁸ Su tale aspetto: A. PAGLIARO, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 217 ss.

³⁹ Ritiene che il terzo comma dell'art. 2634 c.c. sia un limite esegetico dell'offesa al bene tutelato, C. BENUSSI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi di società: limite scriminante o «esegetico»?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a c. di E. Dolcini-C.E. Paliero), vol. III, Milano, 2006, p. 2207. *Contra*, nel senso della scriminante, F. MUCCIARELLI, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, I, 2002, p. 631.

⁴⁰ Cfr. D. FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007, pp. 42 ss., 117.

più complesso, anche se per certi aspetti coincidente negli effetti con quello dell'«a-tipicità» originaria. Ma ciò non toglie a quello la sua unicità e irripetibilità nella dinamica giuridica operante – simmetricamente – quale elemento negativo della fattispecie penale.

Di volo possiamo osservare che, se l'erronea supposizione di una causa di giustificazione (art. 59, IV comma, c.p.) è speculare alla mancata o falsa rappresentazione di taluno degli elementi positivi (art. 47 c.p.), sotto altri aspetti i due istituti divergono profondamente: basti pensare che, per le scriminanti, il codice introduce la disciplina dell'«eccesso colposo» (art. 55 c.p.), situazione nella quale l'agente non si rappresenta una caratteristica globale del fatto rappresentata dall'offesa all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, logicamente concepibile solo per il tramite della rappresentazione di un elemento negativo⁴¹.

Funzione analoga a quella dagli elementi normativi è svolta dalle «soglie» di punibilità (numeriche, quantitative ecc.) che caratterizzano una forma attuale d'intervento penale in campi determinati della delinquenza economica, secondo una cronologia scandita dal diritto penale tributario prima e dal diritto penale societario poi.

La discussione ora svolta ci permette di dimostrare la profonda differenza tra le situazioni di «atipicità» create *ab origine* dal legislatore con lo strumento della normazione sintetica e quelle nelle quali

⁴¹ Di questa importante caratteristica che le cause di giustificazione possiedono non sembra essersi data carico Cass., sez. un., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 2437, Giulini, in *Foro it.*, 2009, II, c. 305 ss. con nota di G. FIANDACA e in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811 ss. con nota di F. VIGANÒ, la quale ha considerato il trattamento medico-chirurgico una sorta di «scriminante costituzionale» e il consenso del paziente un non meglio specificato «presupposto di liceità» del comportamento del sanitario. Ora, la Corte distingue tra esito infausto del trattamento medico, nel quale la condotta dell'agente (secondo l'evoluzione del concetto di «malattia» in seno alla giurisprudenza) non sarebbe assistita dal prescritto elemento psicologico, non essendo diretta a cagionare una diminuzione funzionale, ma a risolvere una patologia; ed esito infausto, a seguito del quale si potrà far questione dell'erronea supposizione o del superamento (colposo) dei limiti della causa di giustificazione. Delle due l'una: o il consenso del paziente opera in ogni caso quale scriminante, ed allora sarà questione di valutare fino a che punto il consenso sia valido e quali sono i limiti dell'intervento da esso tracciati; oppure si tratterà esclusivamente di elemento psicologico (dolo), nel qual caso non verrà in gioco la disciplina del IV comma dell'art. 59 c.p. e dell'art. 55 c.p.

Per una corretta considerazione del consenso come presupposto del trattamento medico e dei suoi rapporti con la scriminante dello stato di necessità: F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, cit., p. 371 ss. Cfr., altresì, in termini, U. SCHROTH, *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, cit., p. 23 ss.; U. GOLBS, *Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten*, Baden-Baden, 2006, p. 34 ss.

la punibilità è esclusa per l'“atipicità” del comportamento a cagione dell'intervento di un elemento negativo del fatto che non appartiene alla descrizione astratta della fattispecie bensì alla sua dimensione concreta.

Bisogna anche osservare, a questo proposito, che, mentre le “soglie di punibilità” operano nel senso di valorizzare taluni elementi di “atipicità” rispetto alla generale illiceità del quadro d'incriminazione e, come tali, rientranti nell'oggetto della rappresentazione dolosa, alla stregua degli elementi positivi essenziali della fattispecie, lo stesso non avviene per le “condizioni obiettive di punibilità”, le quali operano nei confronti di un fatto ‘perfetto’, al completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, rilevanti in un momento successivo e attinenti, come detto, al piano delle valutazioni politiche sottese alla posizione della norma penale, piuttosto che all'esistenza stessa del reato.

Sulla base delle osservazioni che siamo venuti facendo si può ora sottolineare più adeguatamente l'importanza d'individuare i rapporti tra fatto e antigiuridicità e, di conseguenza, fra “tipicità” e “atipicità”, accertamenti che promuovono indubbiamente un progresso nello studio di istituti che nel tempo sono stati creati per innovazione della legislazione positiva, con special riguardo, da ultimo, alle soglie di punibilità, sulle quali non regna concordia di vedute e di volta in volta riportate alle scriminanti o alle condizioni obiettive di punibilità, ma che una corretta impostazione di teoria generale del diritto penale consente di riportare nell'alveo degli elementi normativi a contenuto positivo della fattispecie penale⁴².

Ragioni provenienti dal dato positivo spiegano perché debba ritenersi conforme al quadro da noi tracciato la presenza di situazioni penalmente irrilevanti ma antigiuridiche per altri rami dell'ordinamento, ipotesi che non potrebbero continuare a dispiegare effetti extrapenalni ove fosse intervenuta una causa di giustificazione, la quale, com'è noto, ha l'effetto di privare di significato illecito il fatto nei confronti dell'intero ordinamento.

Esigenze di tal fatta sono state concretizzate, ad esempio, dalla “*Legge sulla tutela del risparmio*” (l. 28 dicembre 2005, n. 262) che, nel comma che chiude l'art. 2621 e l'art. 2622 c.c., riduce a illecito amministrativo la menzogna priva di danno e destinata a rimanere al di sotto sia delle soglie di punibilità di natura *quantitativa* (10% delle poste valutative, 5% del risultato economico prima delle imposte ed

⁴² Cfr., nel senso del testo, A. PERINI, *False comunicazioni sociali*, in *Il nuovo diritto societario* (a c. di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti), vol. III, Bologna, 2004, p. 3052 e nota 45 dove vengono riportate anche le altre opinioni.

1% del patrimonio netto) sia della soglia *qualitativa* rappresentata dalla “sensibile” alterazione della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo⁴³.

Se, dunque, un illecito amministrativo è posto a tutela di interessi nei confronti dei quali la sanzione penale non è reputata necessaria od opportuna, trovando ingresso solo a sèguito del superamento di dette soglie, risulta comprovato che queste non sono, né condizioni obiettive di punibilità, né cause di giustificazione, ma elementi normativi della fattispecie che ne circoscrivono la rilevanza penale⁴⁴.

A questo punto e in conclusione, il fenomeno della giustificazione in generale può essere riportato all’assenza di un danno criminale, categoria sovente trascurata dalla letteratura più recente, tendente a oscurare la distinzione fra danno da reato e il danno da illecito civile, oggetto di letture oltremodo espansive da parte di una giurisprudenza troppo disinvolta e non curante il preciso dato offerto dell’art. 185 c.p.⁴⁵.

La scelta del legislatore tra la formulazione di una scriminante e circoscrivere i “confini” dell’illecito, riposa in definitiva su precise scelte di politica criminale e di razionalità sistematica: sarebbe contrario ai canoni della logica più elementare contemplare una fenomeno di liceità (scriminante) del comportamento e poi lasciar sussistere una (ben più temibile) area di illecito amministrativo per quelle condotte tenute al disotto d’una determinata soglia: una *situazione scriminata* non può dar luogo a residui d’illiceità⁴⁶.

⁴³ Sul punto, per i necessari riferimenti, A. PERINI, *Profili di novità attinenti la tutela penale dell’informazione societaria*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009* (a c. di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti), Bologna, 2009, p. 1341 ss.

⁴⁴ Parla di *soglie specifiche di potenzialità dannosa* tipizzate, oggetto di dolo, M. DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1247.

Per l’analoga problematica delle soglie di punibilità nel diritto penale tributario, per tutti, G. SALCUNI, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2001, p. 131 ss.

⁴⁵ V. la recente presa di posizione di Cass., sez. un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 19 ss., la quale, tracciando una prima netta distinzione fra la risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi previsti dalla legge come reato e quelli in cui a tale risultato debba giungersi a sèguito di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione, ha escluso che il c.d. “danno esistenziale” possa costituire un pregiudizio ulteriore e risarcibile rispetto al danno non patrimoniale, e ha escluso altresì che un danno “esistenziale”, causato da condotte che non siano lesive di specifici diritti della persona costituzionalmente garantiti, sia risarcibile. Cfr., per un primo commento, C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale, il lungo addio*, *ibidem*, p. 5 ss.

⁴⁶ Una grave obiezione potrebbe essere mossa al nostro argomentare, riconduci-

Dall'esame delle pronunzie del *BGH* risulta immediatamente che la questione non attiene alla posizione della scriminante nella struttura della fattispecie, bensì all'esistenza della scriminante stessa.

L'atteggiamento degli interpreti nei confronti della collocazione delle scriminanti e della loro disciplina intertemporale ci sembra viziato da concettualismo.

La soluzione al problema – condizionata da scelte “ideologiche” e coinvolgente riflessioni di carattere filosofico, politico e sociologico – si presenta assai ardua, ma può trovare una direzione coerente proprio con specifico riferimento al duplice angolo di visuale dal quale deve muovere lo studio della giustificazione: l’“operatività”, da un lato, delle scriminanti e la loro “posizione” nella struttura della fattispecie, dall'altro.

Rifuggendo da suggestioni dommatiche *more teutonico*, è dato riscontrare, nelle posizioni assunte dagli Autori che si sono occupati del tema, oltre a una sovrapposizione anche una – ben più grave – commistione fra i piani citati: l'esistenza di un «elemento negativo» è ritenuta condizionante l'esistenza stessa del fatto di reato oltre i limiti della giustificazione.

La collocazione delle scriminanti nella “zona” del fatto fa sì che qualora esse vengano a esistenza questo perda la qualifica globale d'illiceità con tutta una serie di conseguenze extrapenali sulle quali già ci siamo intrattenuti. Circa la disciplina dell'erronea supposizione di

bile alla presenza, nell'ordinamento penale italiano, di talune scriminanti che, escludendo la sola anti giuridicità penale, lasciano residuare una responsabilità civile. Una per tutte: lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. A parte i tentativi – più o meno riusciti da tempi remoti – di spiegare il fenomeno attraverso una lettura “scusante” dell'esimente in questione (Cfr., per una panoramica approfondita, E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, *passim*) l'equo indennizzo non può essere equiparato al risarcimento del danno, ma rappresenta, più in generale, una forma di compensazione per essere stato coinvolto, nella reazione necessitata, un terzo innocente, e non possiede i caratteri punitivi della ristorazione del danno; talché taluno ha anche parlato di una forma di circostanza attenuante dell'illecito civile.

Solo apparentemente i problemi si acuiscono volgendo lo sguardo alle numerose situazioni scriminanti disseminate nella parte speciale del codice e della legislazione complementare o alle cause d'«incapacità» penale: si pensi, per tutte, all'art. 649 c.p.

Orbene, da questo come da altri casi, emerge un'ulteriore conferma della differenza intercorrente fra il danno criminale e il danno civile: pur residuando la possibilità di promuovere azioni per le restituzioni e, se del caso, per il risarcimento del danno, il danno da reato è in questo caso escluso e, allo stesso tempo, arricchito da una speciale relazione fra l'agente e la persona offesa, estranea, come visto, ai casi in cui il legislatore formula la norma. La posizione della scriminante al di là della tipicità formale non impedisce affatto di predicarne l'attinenza strutturale siccome «elemento negativo della fattispecie».

una causa di giustificazione, la più volte richiamata “agilità dogmatica” degli elementi negativi della fattispecie consente di dirimere, specularmente rispetto all’art. 47 c.p., l’elemento soggettivo del reato (in genere il dolo).

Pur essendo inserita all’interno del fatto di reato, la «scriminante» non perde, per ciò solo, la propria individualità e sarebbe un grave errore ritenerla condizionante l’esistenza del «fatto» in ambiti diversi, come quello della successione di leggi.

L’esclusione della liceità di un determinato comportamento non va confusa con la già segnalata rilevanza fattuale degli elementi negativi. Trasponendo il discorso in chiave di «fattispecie» si potrebbe dire che se, *a posteriori*, la scriminante è ritenuta inesistente, allora il «fatto» ri-presenta i caratteri di contrarietà alla situazione dell’obbligo o del dovere⁴⁷: l’incidenza di un elemento negativo sull’esistenza della fattispecie opera solo qualora esso esista ma non ne muta la fisionomia legale.

Ci troviamo, insomma, di fronte a una delle possibili tecniche di cui si serve il legislatore nella normazione, con una differenza rispetto alla formulazione degli elementi positivi (e degli elementi positivi a contenuto negativo)⁴⁸. Le scriminanti sono dettate una volta per tutte, mentre gli elementi normativi e naturalistici possono variare nel tempo e in relazione ad altre figure di reato: contrasto “sincronico” e contrasto “diacronico” fra norme penali.

Si tratta – a questo punto – di precisare, a livello di teoria generale, il diverso atteggiarsi della «tipicità» e della «giustificazione» nei confronti della norma giuridica.

Richiamando i concetti prima delineati di «norma» – intesa come giudizio ipotetico – e di «fattispecie» – intesa come rappresentazione concreta della norma –, e concludendo sulla “tipicità”, il procedimento che correla il fatto accaduto al concetto normativo prende il

⁴⁷ Mette appena conto rilevare che la distinzione invalsa, nel diritto penale, tra «norme precettive» e «norme proibitive» trae spunto dalla parte precettiva della norma penale evidenziando l’esistenza di precetti di fare e precetti di non fare. Si tratta di una mera variazione lessicale e stilistica. Considerando, infatti, che il comando di fare è lo stesso del comando di non fare alcunché in riferimento alla produzione di una conseguenza giuridica solitamente individuata nella pena, non è possibile desumere dalla distinzione sopra accennata alcuna rilevanza che vada oltre fini squisitamente esplicativi, dovendo pur sempre formularsi un giudizio di relazione tra il comportamento tenuto e l’obbligo giuridico che può assumere contenuto positivo o negativo. Cfr. I. CARACCIOLI, voce *Omissione* (diritto penale), in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, 1965, p. 896.

⁴⁸ Cfr. M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2876.

nome di «sussunzione»⁴⁹. Ne deriva che l'impossibilità di porre in relazione logica la fattispecie con la norma impedisce di pensare il «fatto» alla stregua di quei criteri normativi, concludendo per la in-qualificazione del fatto, che – lo ribadiamo – non è una qualificazione giuridica negativa, bensì un *non-fatto*⁵⁰.

In questo caso v'è una presa di posizione del legislatore verso la produzione di effetti giuridici, mentre la *situazione scriminata* non è espressiva di alcuna valutazione giuridica astratta: l'esercizio di un diritto è tolto alla sfera degli effetti giuridici di cui quindi non può costituire espressione. Oltretutto, se una vicenda giuridica è descritta in un certo modo dalla disposizione incriminatrice, questa, in astratto, è destinata a valere sempre e l'intervento di un elemento negativo nella dinamica giuridica significa limitare la portata della norma penale solo a talune ipotesi concrete e non a tutte le altre che possono in pratica venire a esistenza.

Ma il problema non attiene, a nostro avviso, al piano strutturale della fattispecie. Un'interpretazione come quella sostenuta dalla giurisprudenza e da parte della dottrina tedesca è assai poco plausibile, non solo, come detto, da un punto di vista strettamente dogmatico, ma anche (e soprattutto) perché la questione assume un carattere eminentemente politico e, avallare detta scelta di ritenere invalida la scriminante, costituisce null'altro che un ingiustificato dispotismo giudiziale del quale non può essere sottovalutata l'importanza.

Alludiamo alla «retroattività» della norma incriminatrice, questione che si palesa in identico modo, sia se si ritiene (molto più comodamente) che le scriminanti sono esterne al fatto, per cui – si dice – non verrebbe in gioco il divieto costituzionale, sia se si accede alla teoria degli elementi negativi, per la quale, come detto, le cause di giustificazione, sistematicamente, attengono al piano del fatto pur conservando una propria autonomia concettuale qualora si presentino problemi ulteriori rispetto a quelli dell'illiceità: anche in quest'ottica una scriminante può retroagire in senso favorevole all'imputato.

Senza che sia possibile in questa sede prendere posizione sul delicato problema politico che non investe direttamente il carattere della presente ricerca, sia consentito concludere osservando che il precetto dell'art. 25, II e III comma, della Costituzione italiana (così come l'art. 103 del *Grundgesetz*) investe la fattispecie penale nella sua totalità e non può cedere di fronte a un diverso modo di intendere la «posizione» della giustificazione nella struttura del reato.

⁴⁹ N. IRTI, *Norme e fatti*, cit., p. 54 s.

⁵⁰ S. RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, p. 395.

Anche qualora si dovesse ritenere “invalida” la scriminante perché contrastante con varî precetti posti a tutela di diritti umani fondamentali, non è questione che riguarda la struttura della fattispecie ma un problema, anche se posto a rovescio, di retroattività della norma incriminatrice: la nota della “illiceità” riacquista tutta la sua efficacia perché il giudice riconosce come inesistente un elemento negativo e consente di punire fatti che, all’epoca in cui furono commessi, erano giustificati.

I predetti equivoci nascono dalla mancata comprensione e conseguente sovrapposizione della *situazione scriminata* a sèguito dell’intervento della causa di giustificazione che, come detto, funziona – sistematicamente – come elemento negativo del fatto con l’effetto di renderlo atipico, alla *situazione scriminante*, già oggetto di valutazione da parte del legislatore con la posizione dell’esimente, quella che comunemente ne viene definita la *ratio*, la quale gode di autonomia propria e, per ciò, sottoposta alla disciplina a essa dedicata.

L’avvenuto disconoscimento dell’esistenza di una esimente, non intacca, né potrebbe, la tipicità di un illecito penale, proprio per la natura di elemento negativo che sistematicamente la caratterizza. Un elemento che *ab origine* non fa parte del contenuto precettivo del reato, al pari invece degli elementi positivi (anche se costruiti negativamente), non può, una volta entrato a far parte della fattispecie, privarla di una caratteristica che in astratto esso non contribuisce in alcun modo ad arricchire.

Capitolo IV

I cosiddetti «elementi soggettivi dell'antigiuridicità»

SOMMARIO: 1. Alle radici di un fraintendimento. - 2. (Continua) Le clausole di “illiceità speciale”. - 3. I «reati con tendenza interiore eccedente».

1. Alle radici di un fraintendimento

La sinonimia tra “antigiuridicità” e “tipicità” si fa più evidente allorché ci accostiamo allo studio di una risalente quanto ancora attuale costruzione concettuale, elaborata in principio dalla dottrina tedesca agli inizi del novecento e che ha avuto significativi riscontri – anche se negativi – nella dottrina italiana¹ e presenta, ancor oggi, per alcuni risvolti pratici che l’adesione o il rifiuto di una siffatta categoria comportano, profili di estrema attualità.

Dall’analisi della dottrina dell’epoca emerge che lo sfondo problematico entro il quale si colloca la dottrina degli “elementi soggettivi dell’antigiuridicità” è il dolo².

L’“intenzione” era dapprima stata considerata una caratteristica non della «colpevolezza» bensì dell’«antigiuridicità».

August Hegler fu il primo a sostenere questa tesi prendendo a modello i delitti con “tendenza interna eccedente” (estorsione, truffa ecc.), osservando che, in questi casi, la legge esige qualcosa nell’aspetto interiore che non ha una corrispondenza nel lato obiettivo; mentre, in relazione alla colpevolezza, questa corrispondenza esiste sempre³.

¹ F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, vol. II, cit., p. 132, il quale parlò di «elementi soggettivi della fattispecie legale».

² Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, cit., p. 457 ss.

³ A. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, cit., p. 251 ss.; ID., *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1915, p. 31 ss.

Altra parte della dottrina tedesca, indipendentemente dal tipo di reati che abbiamo citato, aveva generalmente accolto la categoria degli «elementi soggettivi dell'antigiuridicità», alludendo specialmente alle «azioni impudiche» che sarebbero antigiuridiche solo a causa dell'«intenzione lasciva»⁴. Altra dottrina, con sfumature lessicali diverse, operò una suddivisione entro i delitti nei quali si riscontrano elementi soggettivi dell'illecito, individuando i «delitti intenzionali», i «delitti di tendenza» e i «delitti d'espressione»⁵.

Da ultimo, *Leopold Zimmerl*, rivisitando la dottrina del *Mezger*, escluse una parte dei delitti da inclusi nel novero delle fattispecie nelle quali sono presenti particolari elementi subiettivi d'illiceità⁶; e principalmente i c.d. «delitti d'intenzione» (*Absichtdelikte*), che sono quelli che hanno dato origine a tutta la dottrina in parola, richiamando l'attenzione sulle conseguenze inaccettabili in tema di difesa legittima e di partecipazione criminosa⁷.

La dottrina del tempo era andata pian piano chiarendo quelle tesi che ravvisavano nelle categorie dei reati summenzionati i c.d. «elementi soggettivi dell'illecito», per affermare che essi costituivano «caratteristiche speciali dell'illecito» (come: l'«intenzione» anche impudica, l'egoismo o la cupidigia come causa dell'agire, la malvagità o la malizia).

Più precisamente, queste sono «caratteristiche speciali della colpevolezza» legalmente tipizzate, o, in altri termini, caratteristiche soggettive dell'illecito che appartengono alla volontà colpevole (come lo sono il «motivo di necessità» nei §§ 248 a e 264 a *StGB*, la «riflessione» nel § 211 *StGB*, il «sentimento disonorevole» nel § 20 del c.p. tedesco del 1871). Tutte le disposizioni citate rispondono a esigenze speciali poste dalla situazione motivazionale che acquista il significato di fondare e di aggravare la pena.

⁴ M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, p. 185 ss. Nello stesso senso, più di recente, R. MAURACH e H. ZIPF, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., p. 284.

⁵ E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Träger zum 70. Geburtstag am 10. Juni 1926*, Berlin, 1926, p. 198 ss. Contro la teoria degli elementi soggettivi dell'illecito J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 458 ss.

⁶ L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand. Uebersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau, 1928, p. 29 ss.

⁷ Contra E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., p. 209 ss. il quale cerca di superare la prima obiezione, negando che la liceità del fatto discenda immediatamente dall'esclusione dell'illecito da parte della scriminante. I problemi in materia di partecipazione criminosa, infine, si superano affiancando all'«intenzione» in capo ad uno dei concorrenti la «con-causazione» dell'evento.

Ecco che si profila compiutamente il perché del ricorso alla categoria degli «elementi soggettivi della fattispecie penale».

Se la completa e piena rappresentazione del «fatto tipico» coincidente con l'intenzione dell'agente (e che noi denominiamo «dolo intenzionale») non è stata considerata dalla legge come il grado più intenso di colpevolezza, tuttavia, in talune situazioni, l'intenzione è assunta a speciale caratteristica della colpevolezza, nel senso di isolare una motivazione dell'agente a sèguito della previsione di conseguenze ulteriori o del conseguimento di azioni ulteriori⁸. Nei «reati intenzionali» la colpevolezza o la sua gravità dipendono, in definitiva, dal fatto che la rappresentazione di un risultato determinato è stata elevata a motivo⁹.

Quando la dottrina ha proposto l'uso di questa terminologia, percepiva le strettoie della «Dottrina pura del fatto» del *Beling* per il quale – come detto più in alto – il «fatto» è libero da valore, mentre era già avvertita, anche da coloro che per primi hanno recepito il modello *belinghiano*, la presenza in esso di elementi normativi, espressivi di valore, che furono denominati appunto «elementi non genuini del fatto» o «veri elementi dell'antigiuridicità»¹⁰.

Dal canto suo lo ZIMMERL distingue fra «veri» e «falsi» delitti intenzionali. I primi sono quei delitti nei quali il risultato intenzionale non rappresenta, in assoluto, un male (per esempio, i §§ 214, 236/7, 263, 313, II e 343 c.p.; inoltre i §§ 268, 272/3 e 349 c.p. tedesco del 1871, in quanto esigono l'intenzione di arricchirsi). I secondi sono i delitti il cui risultato intenzionale rappresenta nel fatto un male che l'ordinamento giuridico deve evitare (ad esempio, i §§ 87, 202, 206, 229, 257, 265, 274, 288, 333 e 346 del c.p. tedesco (c.d. «delitti ad evento tagliato»); i §§ 146, 234, 275 c.p. (c.d. «delitti a due atti incompiuti»); i §§ 268, 272/3 e 349 c.p. che esigono l'intenzione di nuocere).

⁸ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 463.

⁹ Cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 78 s.

¹⁰ M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, cit., p. 182: «...sind normative (und daher unechte) Tatbestandes- und echte Rechtswidrigkeitselemente». Cfr., altresì, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 55. *Contra*, vigorosamente, nel senso del testo, E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., p. 195: «Diese unnatürliche Trennung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit verführt M.E. Mayer zu einem gekünstelten Aufbau der sogenannten „subjektiven Rechtswidrigkeits-Elemente“ und „normativen Tatbestände-Elemente. In Wirklichkeit verhält es sich hiermit folgendermaßen: „Subjektiven Tatbestandselementen (feinen subjektiven Rechtswidrigkeitselementen)“ (...) und die „sogenannte Tatbestands-Elemente“ (p. 196)». MEZGER separa, quindi, per la prima volta, gli «elementi soggettivi dell'antigiuridicità» dagli «elementi soggettivi del fatto», secondo una concezione già finalistica dell'illecito penale e che verrà poi sublimata nel *personale Unrecht* di H. WELZEL. Non bisogna però – sia detto qui solo incidentalmente – incorrere nell'errore di considerare «finalista» tutto ciò che include il dolo nel «fatto tipico»; così come è evidente che non basta riconoscere il carattere «finale» dell'azione per poter ricevere tale qualifica. Muovendo dal sistema elaborato dal MEZGER nel Suo monu-

Quando si sostiene il concetto degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità "anomali", si dimostra che le caratteristiche oggettivo-naturalistiche del tipo sono insufficienti a esprimere compiutamente la dimensione dell'illecito. E ciò è confermato dagli autori che pure sono rimasti fedeli a tale nomenclatura, i quali, parlando del «fatto» come «antigiuridicità tipizzata»¹¹, non facevano altro che dire che il «tipo» è l'insieme di tutti i presupposti della punibilità, composto da caratteristiche di antigiuridicità e caratteristiche di colpevolezza, e corrispondente alla nozione di «fattispecie» che più in alto abbiamo delineato, così come ricavata dal sistema del diritto positivo.

Risulta, a questo punto dell'indagine, che la categoria degli «elementi soggettivi dell'antigiuridicità» sia stata elaborata per aggirare la riluttanza della dottrina tedesca dell'epoca ad ammettere che gli «elementi normativi del fatto», ossia determinate qualificazioni che fungono da valore giuridico a sé stante, cioè da locuzioni "di sintesi" nei confronti di una categoria di situazioni a carattere descrittivo e/o valutativo, rientrassero nell'oggetto del dolo¹².

Vi erano alla base preoccupazioni circa l'indebolimento della funzione garantista che sino ad allora il concetto di «Tatbestand» belinghiano aveva rappresentato, dato che, il riconoscimento dell'esistenza di una «norma» diversa posta tra il «fatto» e la «norma incriminatrice» avrebbe portato all'assorbimento della nozione di «tipicità» nel campo dell'«antigiuridicità». Le conseguenze, nel senso di dar luogo all'ingresso al concetto di «antigiuridicità materiale» o «sostanziale», sono facilmente intuibili.

I rapporti fra dolo ed elementi della fattispecie erano stati, però, già da tempo chiariti dalla dottrina italiana dell'epoca, la quale inse-

mentale *Trattato*, è agevole notare che all'affermazione per la quale l'essenza dell'azione (e dell'omissione) è l'indirizzo della volontà verso una meta, non ne corrisponde – com'è stato benissimo detto – una qualifica di "finalista". La differenza fra il pensiero del MEZGER e il finalismo riposa sulla questione metodologica di estrazione neokantiana dalla quale l'A. è profondamente influenzato. Il dualismo gnosologico di "materia" disordinata e "forma" impedisce di vincolare il legislatore al concetto finalistico-ontologico: la "finalità", per Mezger, non è una qualità radicata nell'essere (amorfo), ma è attribuita attraverso le categorie mentali dell'uomo. Tale presupposto teoretico ha come effetto la negazione dell'appartenenza al "tipo" della "risoluzione" di commettere un crimine o un delitto richiesta dal § 43 StGB 1871, inteso invece come dolo del reato stesso (E. MEZGER, *Diritto penale* (trad. it. Mandalari), Padova, 1935, p. 398). Le premesse welzeliane – come noto – sono invertite: l'"oggetto" determina il "metodo". Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 228.

¹¹ E. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtliche Tatbestände*, cit., p. 197.

¹² Un'altra ragione, di carattere metateorico, è la prigionia del divisionismo, sulla quale v. G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, cit., p. 183 ss.

gnava che «un fatto per essere reato deve esattamente corrispondere a qualche figura delittuosa descritta nel sistema del diritto vigente», e che, di conseguenza, tutti gli aspetti della fattispecie devono riflettersi nella sfera conoscitiva dell'agente, comprese quelle disposizioni non incriminatrici richiamate dalla formulazione astratta della disposizione penale¹³.

I timori di una possibile sostituzione della valutazione del giudice alla valutazione della «legge», attraverso il ricorso a parametri che facciano riferimento allo «spirito del popolo» o a una «comune coscienza», non devono essere sovrapposti ad una tecnica normativa che, per ragioni di raggruppamento e di classificazione, richiama congiuntamente varie disposizioni dell'ordinamento.

In un sistema «rigido» quale quello delineato dalla Costituzione italiana e, ancor prima, dagli articoli 1 e 2 c.p., la tecnica di formulazione delle fattispecie penali deve rispondere a criteri di determinatezza, espressivi di una ragionevolezza posta alla base delle scelte del legislatore. I parametri valutativi cui fa riferimento la dottrina italiana devono poter essere individuabili con sicurezza e oggettivamente verificabili e risultano in conflitto con il dettato costituzionale tutti quegli elementi di fattispecie vaghi o indeterminati che presentano, in tutto o in parte, parametri empirici in grado di consentire all'interprete un ampio margine di discrezionalità, forieri di decisioni giurisprudenziali opposte¹⁴.

Anche se da più parti discusso¹⁵, è da considerarsi un precipitato storico del finalismo la concezione del fatto tipico come descrizione «fattuale» dell'oggetto del divieto consistente nella traslazione della realtà ontologica all'interno della fattispecie.

Bisognerà attendere la fine degli anni '50 del '900 per assistere a una sistemazione tendenzialmente organica della materia degli «elementi normativi». A partire dagli ultimi lavori del *Welzel*, per il quale la realizzazione della fattispecie implica l'antigiuridicità qualora non concorra una causa di giustificazione, si affermò che nella maggior parte delle fattispecie, cioè in tutte le figure reali descritte con caratteristiche fattuali, si è in presenza di «tipi chiusi», accanto ai quali esistono certe figure comprensive di determinati elementi (*elementi*

¹³ V., fra molti, E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, vol. I, 3ª ed., Milano, 1926, p. 362.

¹⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 65-66.

¹⁵ Cfr. ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, p. 98 ss.; K.H. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, p. 63 ss.

speciali di antiigiuridicità o elementi del dovere giuridico) per la cui comprensione è necessario un giudizio di antiigiuridicità¹⁶.

Welzel – come più volte detto – operò una distinzione poco chiara all'interno di tutti quelli che indiscriminatamente denominava elementi normativi – esterni alla fattispecie e seguendo una sistematica bipartita – rinvenendone un gruppo che denominò appunto «elementi speciali di antiigiuridicità» e che a questa si riferiscono, senza però chiarire in che cosa consistessero gli altri elementi normativi e senza definire gli «elementi del dovere giuridico»¹⁷.

¹⁶ Una precisa esposizione del pensiero del WELZEL in C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, p. 1 ss. Per WELZEL nelle «fattispecie aperte», dopo la verifica del fatto tipico – che, a differenza delle «fattispecie chiuse», non produce l'effetto indiziario dell'illecito – l'accertamento dell'antiigiuridicità richiede due fasi: affermazione della presenza delle caratteristiche speciali dell'antiigiuridicità – che fondano il «dovere giuridico» dell'autore – e la verifica che non concorra alcuna causa di giustificazione. In effetti, non risulta molto chiaro che cosa WELZEL intendesse per «caratteristiche speciali dell'antiigiuridicità»: egli si limita a fornire poche note peculiari di queste caratteristiche, qualificando tali determinati elementi della figura legale (*fattispecie aperte*) come ad es. i §§ 240 (*antiigiuridico*), 110 (*vigenti*), 113 (*giuridico*), 110, 116 (*competente*) ecc. dello StGB del 1871.

¹⁷ V'è da dire, inoltre, che per il WELZEL – come lo stesso chiarisce in uno dei suoi ultimi lavori – esistono due tipi di «*offenen*» Tatbeständen. Una prima schiera di casi è rappresentata da quelli nei quali manca un modello oggettivo (*sachliches Leitbild*) per il completamento della fattispecie: come, ad esempio, la «costrizione» nel § 240 StGB. In questa disposizione si descrive come azione tipica (fra le altre) quella di coartare un terzo, dietro minaccia di un male sensibile, affinché realizzi una determinata condotta. Questo «tipo», così come descritto dalla legge, comprende le azioni più comuni della vita quotidiana e che non possono formare oggetto di divieto. A tal proposito, chiarisce il secondo comma del § 240 StGB, proibite – perché antiigiuridiche – sono quelle coazioni per le quali è rimproverabile l'uso di un mezzo coattivo per conseguire il fine perseguito. Dov'è chiaro – prosegue Welzel – che l'aggettivo «biasimevole» (*verwerflich*) costituisce un giudizio di valore ma non un punto d'appoggio che permetta di conoscere a quali azioni si riferisce il legislatore. In conclusione, l'antiigiuridicità deve essere constatata da parte del giudice mediante un giudizio di valore indipendente dalla presa di posizione del legislatore e che genera incertezza, così come accade – anche se maggiormente dettagliato – per il delitto di estorsione di cui al § 253 StGB (formulazione rimasta inalterata nel § 253 attuale: «*Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern ...*»).

Una seconda pattuglia di casi ugualmente denominati fattispecie aperte (*offenen oder ergänzungsbedürftigen Tatbestände*) consiste nel necessario intervento del giudice che deve completare il quadro d'insieme mediante il ricorso al criterio che si deduce dalla legge stessa (posizione di garanzia, diligenza necessaria nel traffico). Una volta fatto ciò, però, la verifica dell'antiigiuridicità si effettua allo stesso modo delle fattispecie chiuse. V., ampiamente, H. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, cit., pp. 24-25, p. 16.

La dottrina successiva ha cercato di far luce su questi ultimi rinvenendone una base comune, rappresentata dall'essere tutti questi elementi a carattere normativo, cioè elementi della figura legale per il cui apprezzamento non è concepibile una percezione sensoriale, per i quali è invece d'uopo formulare un giudizio di valore; anche se non tutti quelli citati costituiscono elementi normativi di natura giuridica (l'aggettivo *biasimevole* del § 240 *StGB* – si dice – non appartiene alla sfera del diritto).

Se n'è dedotto, tuttavia, che non c'è alcuna differenza fra gli «elementi speciali dell'antigiuridicità» e gli altri elementi della figura legale, siano essi elementi normativi di pura estrazione giuridica o sociale¹⁸, salvo poi chiedersi se davvero esista una categoria speciale di elementi dell'antigiuridicità e, in caso di risposta affermativa, in che cosa questi si differenzino dagli altri elementi della fattispecie.

2. (Continua) Le clausole di «illiceità speciale»

Si profila in tal guisa, agli occhi dell'interprete, una nuova categoria di elementi normativi della fattispecie penale, nota con il nome di «illiceità speciale», ricavata dall'analisi delle norme e risultato delle diverse concezioni dell'antigiuridicità elaborate discutendo di teoria generale del reato.

La dottrina italiana è divisa fra coloro che ritengono le espressioni del tipo «illecitamente», «ingiustamente», «indebitamente», «arbitrariamente» ecc. «elementi normativi della fattispecie penale», sia pure di particolare estensione e dotati di particolare autonomia¹⁹; e coloro che, più o meno dichiaratamente, ammettono che le formule di illiceità (o antigiuridicità) speciale siano poste a integrare la norma penale tutte le volte in cui il legislatore richieda, da parte dell'agente, la coscienza dell'*antisocialità* della condotta²⁰, senza essere però espressivi di una particolare forma di dolo.

A nostro avviso le posizioni assunte dagli autori citati manifestano diverse prospettive d'analisi, ma non sono irriducibili²¹. Anzi, rimar-

¹⁸ Cfr. C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, cit., p. 75 ss.

¹⁹ M. GALLO, *L'elemento psicologico*, cit., p. 39; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 466; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9ª ed., Milano, 2008, p. 138; D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 65 ss.

²⁰ I. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 307.

²¹ Riduce ad unità le clausole d'illiceità speciale e gli elementi normativi della fattispecie, in quanto attinenti al fenomeno dell'*integrazione di norme*, con risultati del tutto condivisibili in tema di errore *ex art. 47, III comma, c.p.* E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, cit., p. 198 s., p. 205 ss.

cano ulteriormente quei casi in cui sempre più sottile è la linea di confine fra dolo e coscienza dell'illiceità, situazione inevitabile qualora la fattispecie presenta un maggior numero di elementi normativi, con conseguenze importanti in materia di errore²².

Una volta ricondotta la contrapposizione alla problematica degli elementi normativi della fattispecie penale, in particolare al fenomeno della eterointegrazione nella forma del rinvio per presupposizione: la disposizione incriminatrice utilizza un concetto che può essere letto solo sotto la logica presupposizione di una norma diversa da quella richiamante²³, non vi sono ostacoli per ritenere che le clausole di «illiceità speciale» non esprimono formule riconducibili a situazioni scriminanti.

Anche se talune forme avverbiali delle cause di giustificazione sono poste sotto la logica presupposizione di una norma giuridica o di costume, la caratterizzazione che può condurre a una identificazione con le clausole di illiceità speciale ha però solo un valore tendenziale, in quanto la posizione dell'esimente appare il portato di considerazioni e di interessi estranei rispetto a quello tutelato. La situazione scriminante rappresenta un *quid pluris* rispetto all'aspetto offensivo, incidendo negativamente su questo piano, mentre l'elemento normativo, inteso come *limite esegetico*, concorre positivamente a individuare l'offesa all'interesse penalmente tutelato²⁴.

Seguendo questa linea interpretativa, le clausole di «illiceità speciale» possono essere trattate congiuntamente a altri elementi normativi della fattispecie, espressi con le formule: “senza giusta causa”, “senza giustificato motivo” ecc., generalmente definiti «elementi positivi costruiti negativamente».

La giurisprudenza di merito ha tuttavia manifestato insofferenza nei confronti di dette clausole, soprattutto per la loro indeterminatezza. In particolare, la formula “senza giustificato motivo” che compare, ad esempio, nell'art. 14, comma 5-ter d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 presenterebbe un'elasticità tale da rimettere, di fatto, all'arbitrio

²² D. PULITANÒ, *L'errore nella teoria generale del diritto penale*, Milano, 1976, p. 367 ss.

²³ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 374 s.

Mette appena conto puntualizzare che tale qualifica si ottiene in base ad un criterio diverso da quello che deriva dall'essere elementi di un fatto illecito. Così, N. LEVI, *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, 1938, p. 351 ss.

Sulla tecnica del “rinvio formale” e del “rinvio recettizio” v., per tutti, M. GALLO, *La legge penale*, cit., p. 60 ss.

²⁴ Cfr. F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 755 e nt. 53.

dell'interprete l'identificazione del comportamento incriminato, ponendo così la norma impugnata in contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale sancito dall'art. 25 Cost.²⁵.

La Corte Costituzionale ha di contro affermato che questa, come altre formule, sono destinate, in linea di massima, a costituire una “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti quando – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione – l'osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo di obblighi di senso contrario²⁶.

Sembra quindi che il Giudice delle leggi si sia accostato a un criterio di valore a cavallo fra una concezione formale ed una concezione sostanziale dell'antigiuridicità. Colui che agisce in presenza di queste clausole negative espresse deve rappresentarsi, quantomeno in linea generale, di ledere un interesse tutelato dalla norma e che tale lesione sia il risultato di un bilanciamento di valori che, senza concretizzare una situazione scriminante, miri a tutelare interessi configgenti di rango pari o superiore rispetto a quello tutelato dalla norma incriminatrice.

Nonostante la Corte abbia “commistionato” le c.d. «clausole di illiceità speciale» – espresse con le citate formule avverbiali – con gli «elementi positivi del fatto costruiti negativamente»²⁷, emerge, dal ragionamento condotto, che esse attengono alla fattispecie, delimitandone e, al tempo stesso, arricchendone l'ambito della tipicità²⁸.

Si scorgono, tuttavia, punti innegabili di contatto con l'antigiuridicità, soprattutto con la categoria dell'«antigiuridicità materiale», dalla dottrina più antica sviluppata a ridosso dell'«antigiuridicità formale», nel tentativo, ancor oggi in atto, di ricavare una nozione “sostanziale” di reato²⁹.

²⁵ Trib. Ferrara ordd. 25 novembre 2002 e 14 gennaio 2003. Perplessità sono state affacciate di recente anche da parte della dottrina straniera. Sul punto: B. KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechts-philosophische Untersuchung*, Frankfurt a.M., 2007, p. 571 ss.

²⁶ C. Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *Giur. cost.*, 2004, 91 ss. In dottrina, G. MORGANTE, *L'illiceità speciale*, cit., p. 97.

²⁷ Da tenere ben distinti dagli “elementi negativi oggettivi costruiti positivamente”, costituiti dalle c.d. “cause di giustificazione” o “scriminanti”, delle quali ci siamo già occupati, e dagli “elementi negativi soggettivi costruiti positivamente” consistenti nelle situazioni dirimenti l'elemento soggettivo del reato.

²⁸ In giurisprudenza, di recente, v. Trib. Foggia, sez. dist. San Severo, 8 marzo 2006, Tanase, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1204 ss.; Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, in *Il corriere del merito*, 2009, p. 399.

²⁹ Sull'inutilizzabilità della distinzione cfr. B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 101 s., le cui lucide considerazioni sono ancor oggi attuali.

Un approccio corretto allo studio del diritto penale per così dire, “compositivo”, evidenzia che l’esasperato concettualismo certamente nuoce all’esatta comprensione degli istituti e alla loro concreta fruibilità nella pratica³⁰.

Volendo formulare una prima bozza di conclusioni e riassumendo, abbiamo visto come il «fatto tipico» diventa dapprima *ratio essendi* dell’antigiuridicità per poi divenire la *ratio conoscendi*, lo strumento che evidenzia, in virtù di una descrizione reale (ontologica) e fattuale, l’oggetto del divieto giuridico penale.

Abbiamo però dimostrato – sulla scorta dell’argomento storico e sistematico – che la ritenuta validità concettuale della tripartizione belinghiana sia stata erosa dalle applicazioni concrete e dagli studi successivi che, in modo più o meno consapevole, hanno “caricato” il «fatto» di momenti valutativi da affiancare agli aspetti prettamente descrittivo-naturalistici, secondo una nomenclatura – gli «elementi soggettivi dell’antigiuridicità» – che potesse andare bene per il clima culturale dell’epoca e lavorando più in un’ottica bipartita che tripartita.

La ‘svolta’ dall’impostazione *naturalistica* al metodo *valutativo* ha “spezzato” la coerenza della concezione di von Liszt e di von Belling, le cui basi si volevano, nonostante tutto, tenere in piedi, apportandovi dei correttivi. Per questi motivi – ci sembra – il concetto “neoclassico” del reato appare come una mescolanza di due componenti difficilmente conciliabili: origini positiviste e revisionismo neokantiano, naturalismo e giudizi di valore.

Com’è stato ben osservato, la sistematica naturalista obbediva ad un criterio di classificazione basato, secondo la terminologia di *Radbruch*, non nella *Idee* bensì nella *Stoffe*, non nel valore appunto ma nell’*essere* naturalistico³¹. Con l’introduzione, in tale schema, di rife-

³⁰ Concettualismo che è causa dell’erronea posizione assunta da G. FORTE, *Osservazioni in tema di “giustificato motivo” nel nuovo delitto di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1213, il quale, nell’ottica di una concezione normativa della colpevolezza, configura la clausola “senza giustificato motivo” una causa di esclusione della colpevolezza in punto inesigibilità del comportamento prescritto dalla norma penale. Al di là di mere etichette dogmatiche, la necessaria rappresentazione da parte dell’agente anche di questi elementi tipici della fattispecie dovrebbe escludere qualsiasi necessità di rifugiarsi in situazione “ultralegali” di esenzione dalla pena: il dolo resterà escluso qualora non vi sia stata erronea o mancata rappresentazione dell’elemento positivo anche se negativamente costruito, fugando, fra l’altro, le preoccupazioni di chi collega alla riconducibilità di tale elemento all’interno del fatto un ulteriore onere gravante sull’accusa di provare tutte quelle innumerevoli situazioni che giustificerebbero la permanenza sul territorio dello straniero: l’onere di provare l’assenza di dolo grava sull’imputato.

³¹ C. ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechts-*

rimenti al valore (alla *Idee*), si vennero a forzare le sue possibilità originarie e a contraddirne i postulati. Non era infatti possibile seguitare a mantenere un concetto causale di azione quando ne era stata posta in luce la sua natura umana, espressiva, per ciò, di un valore la cui essenza era riconosciuta nella “finalità”. L'affermazione poi della differenza in termini di valore fra «antigiuridicità» e «colpevolezza», rendeva contraddittoria la divisione naturalistica tra “obiettività” e “subiettività”.

La contrapposizione tra una struttura naturalistica e una struttura del reato così come operata dai “finalisti” non ci sembra accettabile.

Anche volendo sorvolare sulla continuità storica della struttura classica del reato e sul circolo vizioso che la tesi richiamata crea: la “finalità” implica una concezione normativa della condotta e una concezione normativa, a sua volta, della condotta rende insito un concetto di “finalità”, deve ribadirsi che, come dimostrato a livello di teoria generale, la «fattispecie» concreta è pervasa da un giudizio di valore derivante dalla norma penale. La normatività dell'azione diventa autoevidente nel momento in cui si ponga mente al I comma dell'art. 42 c.p. il quale delinea un meccanismo ascrittivo della condotta che, a volte, coincide con il sostrato naturalistico, altre volte, come accade per le azioni incoscienti e involontarie ma “impedibili” da parte del soggetto, si sposta sul piano squisitamente normativo del dover essere³².

Avendo “scoperto” gli «elementi normativi della fattispecie» – comunque li si denomini – è tuttavia giocoforza ritenere che le relazioni tra «fatto tipico» e «colpevolezza» non possano andare oltre i confini rappresentati dalla «tipicità», per cui avrebbe dovuto porsi un interrogativo del tipo: come possono esistere situazioni in cui il «fatto tipico» sia ‘eccedente’ rispetto alla «colpevolezza», può accadere che la «colpevolezza» vada oltre la «tipicità oggettiva»?

E la legislazione conosce casi in cui vi è un'eccedenza rispetto al voluto: reati a struttura preterintenzionale e situazioni in cui la volontà va al di là rispetto al «fatto»: reati a dolo specifico o a tendenza interiore eccedente.

La non esatta posizione del problema, e cioè se i reati a dolo specifico non siano altro che espressione di un particolare modo di porre gli elementi normativi sul piano della fattispecie, ha condotto la dottrina, in ossequio a un malinteso tentativo di recupero del contenuto

stoff in der Systematik unseres Strafrechts, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* (a c. di Arth. Kaufmann), Göttingen, 1968, p. 261.

³² In argomento v. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1995, p. 159 ss.

materiale dell'illecito, a costruire questa categoria di reati come «reati d'evento», riconducendoli, quindi, "all'interno" del «fatto tipico oggettivo», complicandone senza necessità il corretto inquadramento nell'elemento soggettivo del reato.

3. I «reati con tendenza interiore eccedente»

Delineato in maniera sufficientemente precisa lo stato attuale dello sviluppo dogmatico nella dottrina, spostiamo l'attenzione sull'argomento centrale del nostro studio che riguarda le fattispecie a dolo specifico.

Determinanti, in proposito, sono i risultati del finalismo per il quale il dolo appartiene al fatto tipico. Così inteso, infatti, il «fatto tipico» è già intriso di elementi soggettivi, per cui l'unica discussione ha a oggetto, a seconda dei casi, la collocazione dei c.d. *Absichtsdelikten* quali elementi dell'«illiceità» o della «colpevolezza»³³, ovvero, successivamente, quali componenti del *Tatbestand*.

Agli *Absichtsdelikten* si ritiene appartengano le fattispecie dove l'intenzione soggettiva deve essere diretta "al di là" dell'elemento oggettivo, verso un evento ulteriore. Si parla molto spesso anche di «reati a tendenza interiore oltrepassante» (*Delikten mit überschießender Innentendenz*), categoria ulteriormente suddivisa in «reati a due atti incompiuti» (*unvollkommen zweiaktige Delikte*) e in «reati a evento tagliato» (*kupierte Erfolgsdelikte*) e anche di «Willensentschlüsse mit extensivierte Willens tendenz»³⁴.

Per i primi, l'evento addizionale può essere provocato da una condotta ulteriore (ad es. «falsificazione di monete» ex § 146 StGB); per gli altri, al contrario, il secondo evento ulteriore può essere cagionato dall'azione tipica stessa senza un'ulteriore condotta (ad es. «impedimento doloso dell'esecuzione forzata» ex § 288 StGB). Quasi tutte le restanti fattispecie che presentano elementi soggettivi sono riassunte nella vaga categoria dei «delitti di tendenza» (*Tendenzdelikte*), anche se le ulteriori sottodistinzioni, che qui possono essere omesse, così

³³ Cfr. soprattutto A. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*, cit., p. 276 ss.

³⁴ E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, cit., pp. 20-21, il quale, all'interno della categoria, distingue fra «*Absichtsdelikten*» e «*Unternehmensdelikte*», questi ultimi costituenti delitti di "attentato": «Wer es unternimmt ... d.h.: wer etwas tut, aber mehr will und zwar etwas Unbestimmtes, Atypisches tut, um etwas Bestimmtes, Typisches herbeizuführen; wer etwas vorbereitet ... Der Gesetzgeber konnte in diesen Fällen „es gar nicht erwarten, zur Pönalisierung zu gelangen (Binding). Hierin gehören außer den Sondertatbeständen vom Unternehmenstypus (§§ 81, 105, 122, 159 u. a. StGB) auch die strafbaren Versuche».

come la differenza con gli *Abisichtsdelikten*, non hanno una rilevanza pratica³⁵.

La dottrina italiana non ha mancato di evidenziare la scarsa fruttuosità della distinzione sopra riportata e che trova corrispondenza in altrettanti articoli del nostro codice penale aventi a oggetto interessi in grossa parte coincidenti con quelli tutelati dalle norme del codice penale tedesco³⁶.

Viene in mente, a proposito dei delitti con «evento tagliato», il n. 4 dell'art. 453 c.p. che punisce l'acquisto o la ricezione di monete al fine di metterle in circolazione e il delitto di fraudolenta distruzione della cosa propria o mutilazione della propria persona, al fine di conseguire per sé o per altri il prezzo di una assicurazione contro infortuni (art. 642 c.p.). Per i casi di cui al secondo gruppo, può essere sufficiente il richiamo al delitto di furto, mentre i delitti c.d. «di tendenza» o d'«espressione» (artt. 371, 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373 c.p.) non costituiscono ipotesi di dolo specifico e non possono essere re-interpretati nel senso di possedere un'implicita gravidanza soggettiva che vada «al di là» del dolo generico³⁷.

L'inutilità di distinguere tra le varie forme con le quali i «reati a tendenza interna oltrepassante» si presentano è dimostrata dalla sostanziale assenza di diversità di conseguenze ricollegate all'una o all'altra tecnica di costruzione della fattispecie penale³⁸, per cui non interessa in questa sede dilungarsi ulteriormente.

Senza indugiare oltre sui risultati raggiunti dalla dottrina italiana e straniera³⁹, spesso condizionata dall'adesione a una determinata concezione del reato piuttosto che a un'altra, ci sembra di poter formulare qualche osservazione nei confronti della citata categoria.

A noi pare innanzitutto che il dibattito relativo ai caratteri soggettivi del fatto, ridotto ai c.d. «elementi soggettivi dell'illecito» (*id est*, dell'antigiuridicità), sia svilente e poco preciso.

Abbiamo più in alto sostenuto che l'«antigiuridicità» è una valu-

³⁵ Lo riconosce anche C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 319, cui rimandiamo per le citazioni; v., altresì, L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 374 ss.

³⁶ Fra molti, v. soprattutto F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. II, cit., p. 133.

³⁷ Sotto questo profilo può ben essere chiarita la categoria di origine francese nota con il nome di «dol spécial» o «dol spécifique» che solo nominalmente può essere accostata a quella italo-tedesca del «dolo specifico», e caratterizzata, per lo più, dalla volontà di nuocere ad un determinato valore sociale, da una manifestazione di ostilità, tipica espressione però di una forma di dolo intenzionale non – a nostro avviso – di dolo specifico. Cfr., per i necessari riferimenti, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 19^a ed., Paris, 2005, p. 241.

³⁸ V. soprattutto A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, cit., p. 68.

³⁹ Per un quadro d'ampio respiro v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 334 ss.

tazione del fatto che il legislatore compie siccome ritenuto contrario a una serie di interessi⁴⁰. A questo punto la sistematica tripartita non ci è di alcun aiuto per risolvere il primo problema della “collocazione” degli «elementi soggettivi dell'illecito» nella struttura del reato, ma ci offre un primo indizio per considerare la loro appartenenza alla tipicità oggettiva piuttosto che alla colpevolezza⁴¹.

Maggiormente fruttuosa sotto l'aspetto esegetico si presenta la teoria bipartita. La tripartizione va incontro a un'obiezione difficilmente superabile: il significato ristretto attribuito al termine «fatto» fa perdere di vista la natura unitaria del reato, indispensabile ai fini di un suo corretto inquadramento nell'ambito dei «fatti giuridici»⁴².

Nella fattispecie penale confluisce tutta una gamma di elementi che tendono a offrire un'immagine legislativa quanto più possibile aderente all'oggettività del comportamento e questo sia che si ponga l'accento sulla semplice realizzazione di un evento o sull'azione. Ne deriva che la portata degli «elementi soggettivi del fatto» (o dell'illecito) deve essere profondamente ridimensionata. Nella struttura del «fatto» penale globalmente considerato e nel giudizio di “dover essere” rientra infatti anche l'elemento soggettivo.

Tralasciando quest'ultimo aspetto di non capitale importanza per la ricerca, la dottrina ha preso a considerare il dolo specifico come una particolare forma di dolo: volizioni dirette verso un risultato che sta “al di là” «del fatto», e che con gli atti di esecuzione del delitto nulla hanno a che vedere⁴³.

⁴⁰ Celebre l'affermazione di J. NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Reinhard von Frank*, cit., vol. I, p. 339.

⁴¹ Cfr. già L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 22 ss., il quale riteneva che veri elementi soggettivi dell'antigiuridicità si avessero soltanto nelle due classi di *Tendenzdelikte*, quando è richiesta una condotta maligna o intenzionale (*Delikte welche boshafte oder böswilliges Handeln des Täters voraussetzen*), negli *Ausdrucksdelikte* (pp. 47 s., 49) e inoltre negli atti di libidine. Per l'analisi di quest'ultimo aspetto v. S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Torino, 1943, p. 19.

A tal proposito vorremmo chiarire che, quando facciamo riferimento alla fattispecie oggettiva, non intendiamo sposare quelle tesi di matrice finalista che introiettano l'elemento soggettivo nell'azione costitutiva di reato. Più semplicemente, alludiamo alla componente materiale del reato letta “in tensione” con l'elemento psicologico, il quale abbraccia nelle componenti intellettive e volitive tutti gli elementi descrittivi e normativi del fatto.

⁴² Sul piano della teoria generale s'è da tempo chiarito che il «fatto» è la sintesi di una serie di eventi, frutto del processo mentale: insieme di eventi e situazioni. Sul punto G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Milano, 1951, p. 439; nonché, S. RUPERTO, *Efficacia giuridica*, cit., p. 390 s.

⁴³ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 457 ss.

Anche a tal proposito, la terminologia, condizionata da inevitabili difficoltà legate alla traduzione, ha giocato un ruolo di non poco peso nella corretta configurazione dei fenomeni giuridici⁴⁴.

Resta il dato però che la locuzione «elementi soggettivi del fatto» (o della fattispecie) è entrata nell'uso comune sia che si aderisca alla bipartizione sia che si aderisca alla tripartizione, sia infine che si acceda a quella tesi che ritiene superflua la nozione di «fatto» e propone di sostituirla con quella di «azione», la quale esaurisce tanto gli elementi che la qualificano, quanto quelli che la caratterizzano⁴⁵.

Analizzando più da vicino le ipotesi caratterizzate da dolo specifico, possiamo notare che il legislatore usa le espressioni tipo «al fine di», «allo scopo di» per distinguere le normali ipotesi di reato da quelle caratterizzate da una descrizione dell'azione accanto a uno scopo, a un fine particolare perseguito dall'agente che non deve necessariamente verificarsi per aversi «tipicità».

In fondo, la ragione che giustifica la tesi per la quale il dolo specifico non esprime che una particolare forma di dolo, tradizionalmente affiancata alle altre (dolo generico, intenzionale, eventuale)⁴⁶, risiede proprio in ciò: se il fine è posto «al di là» del «fatto» non concorre alla descrizione della fattispecie tipica.

Secondo una tesi, infatti, può accadere che la tecnica linguistica utilizzata, in alcuni casi, esprima compiutamente il comportamento socialmente rilevante, in altri casi no. Ne deriva che, per formulare la condotta punibile, la tipicità sia frazionata in due momenti, così come avviene nei «delitti a evento tagliato», sul modello dei citati «*kupierte Erfolgsdelikte*» di Bindig⁴⁷, anche se con questi nulla hanno a che vedere.

Sembra, quindi, potersi ragionevolmente escludere la possibilità di predicare l'esistenza di elementi soggettivi del fatto materiale: tutti questi appartengono all'elemento soggettivo.

A parte la vaghezza di simili impostazioni, le conseguenze, qua-

⁴⁴ Cfr., ad es., la ricostruzione operata da M. FINZI, *Il cosiddetto «dolo specifico»*. Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori dagli atti esterni d'esecuzione di un reato, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Milano, 1952, p. 394 s.

⁴⁵ G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, cit., p. 370.

⁴⁶ Tesi che, com'è noto, traggono avvio dal MANZINI, *Trattato di diritto penale* (a c. di P. Nuvolone-G. D. Pisapia), vol. I, 5ª ed., Torino, 1981, 773 s. Nella manualistica contemporanea cfr., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 362; M. GALLO, *L'elemento psicologico*, cit., p. 127; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 333.

⁴⁷ G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, cit., p. 367. Sull'attuale vitalità della classificazione dei «delitti ad evento tagliato» v. R. MAURACH, F.C. SCHROEDER e M. MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, tomo I, 9ª ed., Heidelberg, 2003, p. 471.

lora vi fosse una moltitudine di disposizioni come l'art. 449 c.p., sarebbero straripanti perché consentirebbero un'indiscriminata estensione del titolo di punibilità, senza tener conto della struttura del «fatto» e dello strettamente correlato concetto di «imputazione» il quale determina la funzione che alcuni elementi della fattispecie svolgono nel sistema dei fenomeni giuridici⁴⁸.

In un clima culturale ormai lontano si era parlato anche di «interesse attivo» che l'agente persegue mediante la forma: in altri termini, quell'interesse che l'agente tenta di realizzare mediante l'azione⁴⁹, cui corrisponde – in tempi moderni – la distinzione (in verità non accettabile) fra dolo specifico e dolo generico, basato il primo sull'intenzione, il secondo sulla volontà⁵⁰.

Ciò ha portato la dottrina – come detto – a rintracciare nel codice penale delle ipotesi dove non figurava la tradizionale forma di espressione tipica del dolo specifico, ma, per le particolarità che queste fattispecie esprimono, sintomatiche di una tendenza qualificata del soggetto: c.d. «dolo specifico implicito»⁵¹.

Per l'esatto inquadramento del problema è necessario svincolarsi dalla tradizionale visione di «eccedenza» degli elementi soggettivi rispetto a quelli oggettivi, con conseguente anticipazione della consumazione formale rispetto al materiale conseguimento di detto fine da parte dell'agente e sviluppare il discorso sul terreno oggettivo e sul modo di atteggiarsi nei confronti di questo dell'elemento soggettivo⁵².

Occorre in tal modo determinare in cosa consista – ci si perdoni il bisticcio – la «specificità» dei reati a dolo specifico.

Gli autori che hanno collocato il dolo specifico entro la cornice degli «elementi soggettivi dell'antigiuridicità» o dell'«illecito» hanno dato un primo avvio a una considerazione obiettiva di questi, pur sostenendo – come già ricordato (e con alcune eccezioni) – che il loro esatto inquadramento fosse nella categoria della colpevolezza.

Formulare una disposizione di legge con espressioni del tipo: «*al fine di...*», «*al solo scopo di...*», «*per...*», lascia certamente intendere

⁴⁸ È quanto accaduto in giurisprudenza, spunto dal quale prende avvio il presente lavoro, la quale ha dovuto prendere in considerazione la prospettata fattispecie di «strage colposa». V., App. Venezia, 15 dicembre 2004, in www.petrochimico.it, p. 207. Tesi sostenuta dalla Procura della Repubblica durante il processo di primo grado (Trib. Venezia, sent. n. 173 dep. il 29/05/2002) e, successivamente, dall'Avvocatura dello Stato nel giudizio di gravame, ma respinta dalla Corte d'Appello.

⁴⁹ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., p. 150.

⁵⁰ A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, p. 525.

⁵¹ Cfr., anche per l'esatta critica, L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, p. 103 ss.

⁵² Cfr. in termini già G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festschrift für Reinhard von Frank*, cit., p. 170.

la necessità una direzione non equivoca della volontà verso un determinato risultato e non altri, ma non va oltre l'utilizzo di distinti elementi normativi che, come tali, devono essere oggetto di dolo: il ricorso alla categoria (ancor oggi attuale) dei *delitti a tendenza interna* si spiega con il rifiuto della dottrina tedesca dell'epoca ad ammettere che gli «elementi normativi del fatto» facessero parte dell'oggetto del dolo, considerando tali quelli riferibili al valore verso cui è orientata la fattispecie nel suo aspetto teleologico e ricollegati di volta in volta all'«antigiuridicità» o all'«illiceità speciale»⁵³.

Il ricorso da parte della dottrina tedesca alla categoria degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità veniva poi sovente invocato per reagire a fronte in un esasperato naturalismo che, particolarmente in materia di concorso di persone nel reato, imponeva di considerare “autore” colui che avesse contribuito causalmente a cagionare un evento. Solo chi invece agisce per un fine determinato, colui che dà un'impronta spirituale al «fatto», può essere definito “autore” del reato secondo una prospettiva valutativa che, guardando di più alle caratteristiche della struttura formale dell'azione⁵⁴, ne rincorra una nozione *restrittiva*.

Ciò posto, il brocardo «*non c'è reato senza legge*» rappresenta, oltre che un criterio di politica legislativa, parte essenziale del fondamento oggettivo della responsabilità penale. *Normatività e tipicità* sono concetti speculari: la prima descrizione astratta, la seconda accadimento concreto: eventuali divergenze condizionano l'esistenza stessa della fattispecie.

Gli «elementi soggettivi della fattispecie legale» – seguendo il lessico del GRISPIGNI – da noi ritenuti veri e propri «elementi normativi della fattispecie penale», sullo sfondo problematico dei rapporti fra «tipicità» e «antigiuridicità» che, nell'indagine si qui compiuta, assumono il valore di relazioni sinonimiche, in quanto tali, devono trovare una più compiuta fisionomia all'interno della “normatività”.

Secondo un insegnamento comune le fattispecie penali sono formate da una serie di elementi delineati nelle disposizioni di legge attraverso nozioni tipicamente “descrittive”, dove il passaggio dalla norma al fatto (concreto) avviene nel modo più immediato e nozioni “normative” che impongono di passare per il tramite di una norma,

⁵³ Per tutti, G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, cit., p. 158 ss. Nella dottrina contemporanea tuttavia si ammette generalmente, con varie sottodistinzioni, che gli elementi normativi del fatto rientrino nell'oggetto del dolo: K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., München, 2008, p. 104 ss.

⁵⁴ W. BRAUN, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, Leipzig, 1936, p. 90.

diversa da quella incriminatrice, attraverso la quale discende al fatto la qualifica che permette di individuarlo⁵⁵.

Il confine tra le due categorie di concetti è tuttavia – alla stregua delle precedenti considerazioni – labile, se non addirittura inesistente, criterio distintivo al quale fanno ricorso tutte quelle teorie che tengono distinto il «fatto» dall'«antigiuridicità», come se le qualificazioni giuridiche siano separabili dai referenti naturalistici⁵⁶, reputando, ad. es., che l'*altruità* nel furto attenga al fatto, mentre, in realtà, contraddistingue le cose in astratto oggetto di furto, e assumendo, a riguardo, posizioni evidentemente contraddittorie. Secondo i principi generali della normazione sintetica, il fatto naturalistico entra nel mondo del diritto non tanto nelle sue qualità essenziali, quanto nelle sue qualità funzionali per rendere conto di un preciso dato rilevante per il diritto.

L'economia del lavoro non ci permette di addentrarci in maggiori indagini sull'argomento: qui dobbiamo accontentarci di fissare dei punti fermi perché risulti chiara l'impostazione del problema cui cercheremo di offrire una soluzione nel capitolo successivo. A ben vedere tutti gli elementi della fattispecie sono «elementi normativi» e pare che la nomenclatura summenzionata possa essere mantenuta solo chiarendo che “descrittivo” non è sinonimo di “naturalistico” ché, se taluna delle componenti strutturali del reato, oggetto di dolo, viene assunta nel precetto penale, acquista una dimensione diversa dalla veste originaria.

Ciò che va evitato – a nostro avviso – è la sovrapposizione fra la valutazione compiuta dall'«agente» appartenente all'elemento psicologico del reato e dove vale la *summa divisio* dell'art. 47 c.p., per la quale si predica la «valutazione parallela nella sfera laica», dalle considerazioni del fenomeno ad opera del legislatore e del giudice. Tutti i “fatti” empirici non sono decisamente nulla di dato, sono “fatti giuridici” e da ciò risulta che anche gli elementi descrittivi (cognitivi) del “tipo” sono normativi. L'“esperienza” può essere incerta o piena di contraddizioni, il senso “oggettivo” di una dichiarazione può essere inteso in senso differente da diversi gruppi sociali, ma ciò che davvero conta, nella valutazione del giudice, è la teleologia sottostante la legge posta per quel determinato scopo⁵⁷. Anche volendo tralasciare

⁵⁵ G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 72-73; G. COCCO, *L'errore sul fatto*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, *Il reato*, cit., p. 642 ss.

⁵⁶ K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, cit., p. 143 ss.

⁵⁷ E. WOLF, *Der Sachbegriff im Strafrecht*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, (a c. di O. Schreiber), Berlin-Leipzig, 1929, p. 44 ss.

il momento dell'applicazione giudiziale al caso concreto, il processo di normativizzazione di tutti gli elementi del tipo è già compiuto con l'attribuzione del crisma della tipicità al comportamento umano assunto a regola di condotta.

Ciò non toglie – si ripete – che, agli effetti del dolo, sia necessario e sufficiente che l'agente si rappresenti la singola, particolare situazione “descrittiva” in cui l'elemento di fattispecie in questione si scioglie. Seguendo questo principio generale, le locuzioni cui abbiamo più volte fatto cenno («nell'interesse» (art. 257 c.p.), «a profitto di» (art. 314 c.p.), «in modo da» (art. 244 c.p.), «atti diretti a» (art. 241 c.p.), «procurare a sé o ad altri» (art. 629 c.p.), «per solidarietà», «per protesta» (art. 505 c.p.), «per disprezzo» (art. 345 c.p.)) generalmente presentate come «elementi soggettivi dell'illecito» (o «elementi soggettivi della fattispecie», per chi respinge la nozione di antigiuridicità obiettiva), non sono altro che segni linguistici, dotati di una propria autonomia e significatività, attinenti al piano oggettivo della condotta, com'è dato discendere dall'applicazione dei principi generali in materia di dolo.

Nulla si oppone, inoltre, a che l'attributo di “soggettività” tradizionalmente conferito a tali elementi possa essere recuperato per altra via, ossia approfondendo quell'intuizione secondo la quale al dolo specifico è essenziale una volontà che si atteggi come “intenzione”, laddove il significato dell'azione nelle altre ipotesi dolose si atteggia in termini di “consenso”⁵⁸.

È opportuno però, per completare l'esposizione del nostro pensiero, dissipare qualche equivoco che potrebbe facilmente sorgere in relazione a talune espressioni tratte dalla dottrina. È noto che la letteratura moderna dà risalto alla poliedricità delle funzioni cui si presta la tecnica legislativa del dolo specifico⁵⁹.

Ha rilevanza *costitutiva* qualora rende illecito un comportamento che in condizioni normali costituirebbe addirittura esercizio di un di-

⁵⁸ A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 436.

⁵⁹ Precisiamo che l'utilizzo di una tecnica legislativa piuttosto che di un'altra, indica inequivocabilmente il perseguimento di determinati interessi. Si dimostra quindi riduttivo – se non a tratti erroneo – esordire con la definizione del dolo specifico quale specie di dolo. Sulla “polifunzionalità” del dolo specifico: T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 102. Discutendo delle ipotesi di “illiceità espressa” e di “illiceità speciale”, la dottrina ha recentemente evidenziato la sostanziale differenza fra le prime, che svolgono una funzione paragonabile alle c.d. “clausole di riserva” ben note nella fenomenologia del concorso apparente di norme (e che hanno un'applicazione sussidiaria poiché condizionate all'accertamento giudiziale dell'assenza del conflitto di norme istaurantesi in presenza di precise clausole di liceità), e le seconde, veri e propri elementi normativi di fattispecie: L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., pp. 156 s., 160.

ritto costituzionale (es. art. 416 c.p.); ha rilevanza *impeditiva* quando il fine di salvare se stessi da un danno ingiusto integra un «elemento negativo del fatto» (art. 52 c.p.); possiede, da ultimo, efficacia *modificativa* (o *differenziale*) quando fa sorgere la punibilità per un reato al posto di un altro (ad es. la “causa d’onore” – ora abrogata – che trasformava l’omicidio in infanticidio⁶⁰).

L’idoneità del dolo specifico a influenzare il modo di prodursi delle conseguenze giuridiche non può essere determinata dalla considerazione di questo come semplice forma di elemento soggettivo. Molto meglio esso consiste in un elemento oggettivo “finalistico” della condotta che deve essere oggetto di volizione e rappresentazione e dal quale si desume – come vedremo nel capitolo successivo – il fine a cui tende l’azione. Ma di ciò meglio oltre.

Un primo avvio alla soluzione – che, ripetiamo, non è meramente nominalistica – è posto negli stessi termini del concorso apparente di norme nel caso di specialità bilaterale (ad es. art. 501 c.p.: «*Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio*» e art. 2637 c.c. “Aggiotaggio”).

Se il dolo specifico fosse semplicemente una forma di dolo non farebbe molta differenza, a livello soggettivo, punire a titolo di dolo eventuale o di dolo specifico la produzione di un’offesa, come previsto dall’art. 364 del Codice “Zanardelli” che incriminava per omicidio chi, «*al fine di uccidere*», cagionava la morte di un uomo; “fine” che non era mai stato inteso come dolo specifico o reputato d’ostacolo alla configurazione – fra l’altro – del dolo eventuale.

Gli è che, il dolo specifico rileva già a livello del «fatto tipico»⁶¹, fine che deve essere oggettivamente accertato, al pari degli elementi naturalistici e normativi del precetto, assieme ai quali concorre nel determinare, se del caso, la disposizione di legge, “speciale”, in concreto, rispetto a un’altra⁶².

Una prima intuizione riteneva che queste, come altre ipotesi, fossero pervase dall’atteggiamento soggettivo dell’agente che attribuiva tipicità al «fatto oggettivo»⁶³.

⁶⁰ Sul diverso atteggiarsi della “causa d’onore” e sui rapporti fra motivi e dolo specifico: I. CARACCIOLI, voce *Causa d’onore*, in *Enc. dir.*, vol. VI, 1960, p. 583 s.

⁶¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, in *Il diritto penale fra norma e società*, vol. II, Milano, 2009, p. 7.

⁶² Sottolinea il punto con molta efficacia T. PADOVANI, *Frode fiscale*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari* (a c. di C.F. Grosso), 2^a ed., Milano, 1992, p. 197.

⁶³ In questo senso, seppur con cautela, G. BETTIOL e L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Padova, 1986, p. 336.

Molto meglio: è un «*elemento oggettivo a rilevanza soggettiva*» che condiziona l'atteggiarsi del dolo e il relativo accertamento.

Alla dottrina non sono peraltro sconosciuti elementi di fattispecie di natura, per così dire, *mista*: è il caso della “coscienza e volontà” dell'azione od omissione di cui al primo comma dell'art. 42 c.p., requisito interno della condotta e, al contempo, primo segmento sul quale va a innestarsi l'elemento soggettivo (a seconda dei casi) del dolo o della colpa⁶⁴.

⁶⁴ Per tutti, anche per le citazioni, I. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 280. Sulla «suitas» della condotta si leggano le classiche pagine dell'ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 343 s. i cui studi sull'«impedibilità» sono stati approfonditi particolarmente da M. GALLO, *La teoria dell'azione “finalistica”*, cit., p. 238 ss., ID., più di recente, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 68 s., e ripresi nella dottrina contemporanea, ad es., da F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 207 s., spec. p. 270.

Capitolo V

Gli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale

SOMMARIO: 1. Una verifica sul terreno del diritto positivo alla luce di recenti orientamenti giurisprudenziali: i reati contro l'incolumità pubblica. – 2. La nozione di “disastro” e la sua collocazione all'interno dei delitti contro la pubblica incolumità. – 3. Il fine ulteriore qualificato “evento” e il principio di materialità dell'illecito penale. Critica. – 4. I reati a dolo specifico come reati soggettivati ad accertamento psicologico vincolato. – 5. Alcune osservazioni sulla rilevanza dell'errore di diritto nei reati a dolo specifico.

1. Una verifica sul terreno del diritto positivo alla luce di recenti orientamenti giurisprudenziali: i reati contro l'incolumità pubblica

Facendo ricognizione del materiale normativo per verificare la ‘tenuta’ del nostro dire, significativa ci pare la previsione dell'art. 422 c.p. che punisce a titolo di strage «chiunque (...) al fine di uccidere, compie atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità».

Prima di inoltrarci nello studio della disposizione, riteniamo opportuno chiarire subito che alla rubrica del precetto, intitolata appunto «strage», non ne segue nel testo una definizione, neanche deducibile da elementi di carattere testuale offerti dal legislatore. Di nessun aiuto si dimostra l'art. 285 c.p. (anch'esso a dolo specifico) cui l'art. 422 c.p. rimanda, il quale punisce «chiunque, allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, commette un fatto diretto a portare la devastazione, il saccheggio o la strage nel territorio dello Stato».

La messa in pericolo per la pubblica incolumità offre tuttavia un sicuro aggancio naturalistico per la corretta interpretazione della norma¹. Il codice penale italiano ha formulato la disposizione mettendo in risalto le possibili ripercussioni della condotta sulla sicurezza collettiva, rinunciando, proprio a cagione della notevole vastità degli effetti dan-

¹ Sulla nozione di «incolumità pubblica» S. RIONDATO, *sub* art. 422, in *Codice penale commentato* (a c. di M. Ronco-S. Ardizzone-B. Romano), 3^a ed., Torino, 2009, p. 2024 s.

nosi provocabili, a una tipizzazione delle modalità esecutive, come invece ha ritenuto di fare, tra gli altri, il *Código penal* spagnolo anche nella riforma del 1995².

Senza insistere sul punto, secondo la dottrina anteriore la “strage” sarebbe stata focalizzata sulla causazione di danni (quindi anche la morte) avvalendosi di mezzi di distruzione poderosi, simili a quelli che, a titolo esemplificativo, si enumerano nella disposizione, tali – secondo il significato corrente – da causare grandi rovine e desolazione³.

Dove è evidente che nelle disposizioni di cui all’art. 422 c.p. italiano e 346 c.p. spagnolo la morte di più persone è solo un’eventualità che non incide sulla fattispecie base rappresentata dagli atti “tali” da porre in pericolo la pubblica incolumità⁴. Più esattamente, nella Relazione ministeriale si precisa che il primo comma dell’art. 422 c.p. contempla il *pericolo di strage*: è sufficiente che l’agente, al fine di uccidere, ponga in essere la prescritta condotta⁵.

Affermazione che non dovrebbe lasciar riflettere in alcun modo, se si considera, inoltre, che nell’ipotesi di disastro colposo di cui all’art. 449 c.p., l’evento, inteso come accadimento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, non deve verificarsi, mentre nella strage il reato è integrato dalla creazione

² A. SERRANO GOMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed., Madrid, 2004, p. 658 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Valencia, 2007, p. 604 ss. A differenza dell’art. 554 c.p. previgente che era configurato come un delitto contro la proprietà o il patrimonio, accentuandosi il carattere di danno per la proprietà che l’azione rappresenta, l’attuale art. 346 *Código penal* si caratterizza per le ripercussioni sulla sicurezza pubblica, nonostante la formulazione continua a descriverne una forma di aggressione a diritti patrimoniali. Recita l’art. 346 c.p.: «*Los que, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de 10 a 20 años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas*».

³ J.M. RODRIGUEZ DEVESA e A. SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Madrid, 1995, p. 400. Descrizione che meglio si concilia, come vedremo, con la nozione di “disastro” accolta dal codice Rocco, e cioè di un danno eccezionale per gravità ed estensione, non riferibile pertanto alla strage. Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI (a c. di G.D. Pisapia), 5ª ed., Torino, 1983, p. 313 e note.

⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, cit., p. 8.

⁵ *Progetto preliminare del Codice penale*, Libro I, Roma, rist. 1949, p. 110.

di una situazione pericolosa per la pubblica incolumità, che non coincide con il verificarsi della morte o di un disastro⁶.

Rifacendoci alla terminologia in uso presso gli autori meno recenti possiamo riportare il delitto di strage, così come normativamente descritto, a quel gruppo di delitti “spezzati” in due tempi, dove la tendenza eccedente, a differenza di altri casi (ad es. il furto), assume una specifica rilevanza giuridica, talché la fattispecie assume le caratteristiche dell’attentato, dove appunto è incriminata un’azione oggettivamente pericolosa, quando sia accompagnata dall’intenzione di un evento concreto di danno, che rende univoca e accentua quella oggettiva pericolosità. Ma a un diverso modo di articolare le fattispecie e che risponde a una precisa tecnica normativa di modalità di tutela di interessi, non corrisponde (necessariamente) una diversità di disciplina giuridica⁷.

Le disposizioni contenute nel Capo I del Titolo VI del Libro secondo del codice penale dedicato ai «delitti di comune pericolo mediante violenza» s’incentrano – sempre secondo la Relazione ministeriale – sul “disastro” nella figura nominata dell’incendio (art. 423 c.p.), dell’inondazione, frana o valanga (art. 426 c.p.), del naufragio, sommersione o disastro aviatorio (art. 428 c.p.) ovvero come conseguenza di altre condotte di danneggiamento (es. artt. 424 e 427 c.p.)⁸, mentre l’art. 422 c.p. non contiene alcun riferimento in proposito⁹.

Riservandoci di tornare sul punto, esaminiamo più da vicino la morfologia del delitto di strage. Esso consiste nel compiere atti «tali da...» (*id est*, idonei) a cagionare l’evento di pericolo sorto per la pubblica incolumità.

Sulla nota di «idoneità» che deve accompagnare gli atti non dovrebbero sorgere dubbi anche relazionando nuovamente l’art. 422 c.p. con l’art. 285 c.p. che punisce un «fatto diretto a...» oppure con l’art. 584 c.p. «atti diretti a...»: negli esempi fatti si rinvencono, alternativamente, i due requisiti del delitto tentato che, nelle fattispecie a consumazione anticipata e nei reati di pericolo, giocano un ruolo essenziale sul versante della materialità dell’illecito e sull’ammissibilità del tentativo¹⁰.

⁶ Cass., sez. IV, 9 marzo-9 maggio 2009, n. 18977, Innino, in *Guida al diritto*, n. 23/2009, p. 85; Cass., sez. IV, 3 aprile 2008, n. 13947, Chiesa, in *Riv. pen.*, 2009, p. 202 (s.m.), in tema di “frana colposa”, dove si ritiene necessaria, in riferimento all’art. 449 c.p., la verifica di un evento di danno.

⁷ Cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 545, nota 20.

⁸ Cfr. il *Progetto preliminare*, cit., p. 108.

⁹ Ritiene che la nozione normativa di disastro sia implicata *per relationem* dall’art. 422 c.p., A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 328.

¹⁰ Si insegna in dottrina che non è possibile punire a titolo di reato consumato

Per impostare correttamente i termini del discusso punto interpretativo al quale tenderemo di offrire una soluzione, è necessario chiarire il ruolo del “pericolo” nell’economia della fattispecie¹¹ e il suo atteggiarsi nei confronti del dolo, combinazione utile a fornire la figura delittuosa del necessario requisito della tassatività¹².

Rifacendoci a quanto detto a proposito del reato inteso come illecito a “modalità di lesione” ed esaminandone i vari tipi, vediamo che spesso la legge non si limita a richiedere la causazione dell’evento, ma esige che questo sia stato prodotto secondo un svolgimento pre-determinato, secondo azioni o mezzi individuati in un certo modo.

L’evento che dovesse verificarsi fuori dalle modalità indicate dalla legge, pur se cagionato dalla condotta dell’agente, non può essergli imputato. L’indagine causale rimane infatti circoscritta allorché è precisata la specie dell’azione o del mezzo con cui il risultato deve essere prodotto, così come avviene nel caso previsto dall’art. 499 c.p. per il quale occorre che il grave nocumento all’economia nazionale o il venir meno, in misura notevole, di merci di comune o largo consumo, sia cagionato «distruggendo materie prime o prodotti agricoli o industriali, ovvero mezzi di produzione», così come per l’art. 438 c.p. nel quale è richiesto che l’epidemia sia cagionata «mediante diffusione di germi patogeni».

L’indicazione di precise modalità di realizzazione dell’evento o, detto meglio, i criteri in base ai quali è possibile imputare l’evento a un soggetto, possono essere diretti oppure indiretti, potendo richiedersi la creazione di uno “stadio intermedio” fra questo e l’azione.

una condotta che non realizzi gli estremi del tentativo; così come nell’omicidio preterintenzionale vanno accertate idoneità e direzione non equivoca del comportamento tenuto, anche l’interpretazione delle figure di attentato deve modellarsi in tal guisa, incompatibile essendo, con il sistema, una semplice direzione soggettiva (in questa direzione si è mossa la riforma dei delitti contro la personalità dello Stato ad opera della l. 24 febbraio 2006, n. 85). Cfr. M. GALLO, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 172.

In generale, sul delitto di strage, oltre alla trattatistica, v. E. BAFFI, voce *Strage*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, p. 1132 ss.; S. BENINI, *sub* Art. 422, in *Codice penale* (a c. di Padovani), t. II, 4ª ed., Milano, 2007, p. 2756 ss. Negano la possibilità di configurare il tentativo riallacciandosi ad un più ampio discorso di teoria generale, S. ARDIZZONE, voce *Strage*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, 1999, p. 19; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VI, cit., p. 253; *contra*, G. MARINI, voce *Incolunità pubblica (Delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, 1983, p. 155.

¹¹ Si v. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, p. 1 ss.

¹² Si possono così fugare le preoccupazioni paventate da G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4ª ed., Bologna, 2007, p. 499, su talune carenze, sotto questo profilo, del delitto in esame. Nel senso del testo, S. ARDIZZONE, *Strage*, cit., p. 16.

Caso particolarmente significativo è quello del delitto di strage che si esamina, nel quale la legge esige che l'evento sia stato cagionato con un'azione che realizzi un determinato pericolo per la pubblica incolumità, *se dal fatto deriva la morte* di più persone¹³.

Mettendo da parte la particolare struttura riconducibile alla categoria dei reati aggravati dall'evento a struttura non preterintenzionale, dove l'evento è accollato all'agente ancorché non voluto, la creazione di una «situazione di pericolo» rappresenta il fulcro attorno al quale ruota l'intera figura criminosa¹⁴.

Abbiamo detto che l'accertamento del nesso di causalità può essere, secondo un'impostazione normativa cadenzata sul modello dell'adeguatezza sociale, vincolato a un giudizio di probabilità formulato non più dal giudice ma dal legislatore, come risultato di un sillogismo la cui premessa maggiore è costituita dalla considerazione di ciò che accade d'ordinario (e cioè da una o più leggi di natura: *conoscenza nomologica*) e la premessa minore dalla considerazione del caso concreto (e cioè dalle condizioni della fattispecie: *conoscenza ontologica*)¹⁵.

In altre parole, oltre al rapporto di causalità, requisito necessario di fattispecie, il legislatore può codificare una legge di causalità singola o particolare governante determinanti fenomeni. Di qui la possibilità di generalizzare un «fatto» e stabilire gli effetti da esso derivabili; la *possibilità* cioè di stabilire l'attitudine, la capacità, l'idoneità generale di quel «fatto» a causare un altro «fatto»¹⁶. In questa attitudine, capacità, idoneità generale, determinabile sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, consiste la *probabilità*, che, pertanto, sussiste malgrado la non verifica del risultato¹⁷.

¹³ Altro caso nel quale si richiedeva addirittura che il soggetto avesse cagionato il risultato con una azione che aveva probabilità di determinarlo, realizzando il pericolo di quell'evento che è elemento costitutivo del reato, è offerto dall'abrogato art. 554 c.p. (*contagio di sifilide e blenorragia*) il quale, per la punibilità, richiedeva il compimento su taluno di atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, qualora esso fosse avvenuto.

¹⁴ G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 580.

¹⁵ Cfr. F. MUÑOZ CONDE e M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, cit., p. 302.

¹⁶ Proprio al giudizio di «idoneità» di cui all'art. 49, II comma, c.p. occorre rifarsi per interpretare le fattispecie di pericolo presunto alla luce del principio di «necessaria offensività». Sul punto, di recente, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a c. di E. Dolcini-C.E. Paliero), vol. II, Milano, 2006, p. 1415 ss. part. p. 1435 ss.

¹⁷ A quanto sostenuto nel testo consegue che al giudice è precluso qualsiasi accertamento alternativo della causalità, in deroga ai principi generali. Sull'accertamento alternativo «proprio» e «improprio» si v. l'ampia indagine di L. MASERA, *Accerta-*

Il concetto di pericolo è, da un punto di vista esegetico, fondamentale per chiarire che con la locuzione «atti tali da...» il legislatore si sia voluto riferire a una relazione di congruità fra il comportamento posto in essere e l'evento di pericolo per la pubblica incolumità¹⁸. Trattasi quindi di un delitto da commettersi avvalendosi di mezzi che, secondo un giudizio *ex ante*, sono idonei a minacciare la vita o l'integrità di un numero indeterminato di persone; idoneità connessa all'uso di mezzi che presentino carattere di particolare diffusività del danno alle persone, quale, ad esempio, la condotta di incendio di cui al successivo art. 423 c.p.

Decisivo si presenta l'atteggiamento psicologico dell'agente, perché, qualora avesse avuto di mira una vittima o una pluralità di vittime individuate, il suo contegno avrebbe integrato la diversa fattispecie di cui all'art. 575 c.p.: il fine di uccidere deve sussistere già a livello oggettivo, desumibile in gran parte dagli atti pericolosi per la pubblica incolumità¹⁹.

L'indeterminatezza del numero delle persone concerne il pericolo sorto, che, assieme all'oggettiva idoneità degli atti, illumina l'interprete sul fine perseguito dall'agente che non potrebbe ravvisarsi qualora si spedisce un "pacco bomba" a taluno con intenzione esclusivamente intimidatoria o lesiva per riallacciare una relazione sentimentale²⁰.

Considerare la finalità tipica del delitto in esame (che aiuta a risolvere, già in astratto, un potenziale conflitto con l'art. 285 c.p.) ulteriore rispetto al «fatto», significa compiere un'interpretazione crea-

mento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali, Milano, 2007, *passim*, spec. p. 311 ss.

¹⁸ Non ci soffermiamo in questa sede sulla categoria generale dei "reati di pericolo", sulla quale esiste una vasta letteratura, prevalentemente incentrata sulla rilettura delle ipotesi di pericolo astratto alla luce del principio di necessaria offensività, esigendo, quanto meno che non sia del tutto assente un pericolo. Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Barcelona, 2004 (rist. 2007), p. 234 e note.

Ci interessa solo osservare che, nei reati che riguardano una pluralità indeterminata di soggetti passivi, l'incriminazione di una situazione di 'prossimità' alla lesione di un bene giuridico arretrata sino al pericolo remoto deve in ogni caso fare i conti con criteri di ragionevolezza che impongono, nella formulazione delle fattispecie, una precisa verificabilità empirica della regolarità di accadimento dei fenomeni dal legislatore codificati con la posizione di quella determinata norma. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 293 ss.; altresì, A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006, p. 336 ss.

¹⁹ Cfr. M. FINZI, *L'intenzione di uccidere considerata in relazione al mezzo lesivo adoperato*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, pp. 195, 199.

²⁰ Cass. sez. II, 22 dicembre 2004, n. 49292, in *Giur. it.*, 2005, p. 2380.

trice, oltre a rendere problematica la distinzione fra i reati a dolo specifico e le fattispecie tentate.

Interpretazione creatrice perché il fine di uccidere non si sostanzia in un evento²¹, e non spetta all'interprete inserire un elemento di fattispecie solo al fine di proiettarvi l'elemento intellettuale del dolo che invece riguarda i caratteri interni del «fatto» e non anche quelli a questo esterni ma interni alla fattispecie, come le condizioni obiettive di punibilità²².

Si potrebbe tuttavia obiettare che il dolo è un'unità che non si può scindere nel dolo generico di compiere atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità, più un elemento specifico. Il dolo specifico fa, per ciò, parte dell'elemento soggettivo, tanto che, se manca la finalità, la formula di proscioglimento non è per «insussistenza del fatto» ma perché questo «non costituisce reato».

2. *La nozione di “disastro” e la sua collocazione all'interno dei delitti contro la pubblica incolumità*

Proseguendo lungo questo solco interpretativo, si potrebbe ulteriormente sostenere che, se la legge avesse voluto escludere taluno dei delitti contemplati dal Capo I lo avrebbe detto espressamente, essendo una tradizione del Codice Rocco cominciare l'esposizione della materia con la clausola di salvezza che escludesse, se del caso, la strage dolosa dai delitti colposi di danno di cui all'art. 449 c.p.

Di contro sia consentito simmetricamente osservare che non è un

²¹ Nel senso che il fine di uccidere si identifichi con un evento cfr., Cass. sez. I, 29 gennaio 1990, Cicuttini, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1789, ma solo per escludere che la morte di più persone possa essere oggetto di dolo eventuale. Con identici intendimenti ma con affermazioni non esatte, Cass., sez. I, 5 luglio 1988, Capone, *ivi*, 1989, p. 2206.

²² Così, invece, S. PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, 1996, p. 248, il quale ritiene di attribuire “dignità di evento” alla fase “eccedente” il fatto-base per evitare di costruire le fattispecie a dolo specifico in chiave squisitamente soggettiva. A noi sembra però che la complessità dei reati a dolo specifico, ove maggiormente è avvertita la compenetrazione fra elementi oggettivi ed elementi soggettivi, non possa esaurirsi con la creazione di un elemento ulteriore non richiesto dal modello legale perché dal giudice non deve essere accertato. Il ragionamento proposto, pur condivisibile nella premessa, non riesce a svincolarsi dalla pesante eredità della categoria dei «reati a tendenza interna oltrepassante», ed è costretto a introdurre nella fattispecie un elemento oggettivo che va ad identificarsi in un evento, necessario, nel pensiero dell'A., per scandire le varie fasi sulle quali si articolano i reati così caratterizzati.

caso – e qui prescindiamo dalle intenzioni del legislatore – che l'art. 449 c.p. nomina espressamente l'incendio o un altro disastro.

La tradizionale dicitura “disastro innominato” è un *Leitmotiv* legato alla tradizione formatasi attorno all'art. 437 c.p. del 1889. Basta scorrere il secondo comma dell'art. 449 c.p., che rinvia ai delitti di disastro ferroviario, di naufragio, di sommersione di una nave adibita a trasporto di persone o di caduta di un aeromobile adibito a trasporto di persone, per rendersi conto che il Codice del '30 considera questi ipotesi espressioni del concetto di disastro²³.

Il termine “disastro” compare in molte delle ipotesi criminose del Capo I, ad esempio, nel comma secondo dell'art. 427 c.p. come conseguenza del danneggiamento. Significativo ci appare l'articolo ora citato perché getta luce su molte delle problematiche legate ai rapporti fra la strage e gli altri delitti contro l'incolumità pubblica. In questo caso si incrimina, al primo comma, «chiunque rompe, deteriora o rende in tutto o in parte inservibili chiuse, sbarramenti, argini, dighe o altre opere destinate alla difesa contro le acque, valanghe o frane, ovvero alla raccolta o alla condotta delle acque, al solo scopo di danneggiamento, (...) se dal fatto deriva il pericolo di una inondazione o di una frana, ovvero della caduta di una valanga». Il secondo comma prevede un considerevole aumento di pena «se il disastro si verifica».

Due sono gli elementi che interessano. Il primo è il dolo specifico consistente nel «solo scopo di danneggiare», che riporta la mente all'art. 424 c.p. dove è disciplinato il caso di colui che «al solo scopo di danneggiare la cosa altrui» appicca il fuoco a una cosa propria o altrui, e che rimanda all'applicazione delle pene di cui all'art. 423 c.p. ridotte da un terzo alla metà qualora segua l'incendio.

Ne deriva che le disposizioni richiamate in tanto possono trovare applicazione, in quanto l'agente sia animato dal solo scopo di danneggiare; ma dovranno lasciare spazio al più grave delitto di strage qualora siano state poste in essere «al fine di uccidere», in ossequio al principio di specialità nel raffronto strutturale fra le norme²⁴.

²³ Il c.d. «disastro innominato» è per di più un'ipotesi residuale riscontrabile in quelle disposizioni che accanto a una ipotesi determinata ne pongono una di carattere generale, come ad es. nell'art. 434 c.p. dove si parla appunto di «altro disastro».

²⁴ È stata di recente sostenuta da A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 331 s. l'incompatibilità delle disposizioni degli artt. 424, 427, 429 e 431 c.p. con l'art. 422 c.p. In sostanza – se bene abbiamo inteso – il dolo specifico che caratterizza i delitti citati contrasterebbe con il «fine di uccidere», impedendone qualsiasi rilievo ai fini della strage. La tesi a nostro avviso non può essere accolta, perché non tiene conto del – già analizzato – ruolo “differenziale” che il dolo specifico gioca nella struttura delle fattispecie, “specializzando” alcuni reati nei confronti

Il secondo aspetto che qui preme evidenziare riguarda la causazione del «disastro», evento naturalistico inteso nel senso di un avvenimento di notevole entità che pone in pericolo un numero indeterminato di persone²⁵. Abbiamo detto: *evento naturalistico rappresentato dal disastro*, sul quale in modo esclusivo l'art. 449 c.p. pone l'accento per fondare la punibilità, a titolo di colpa, delle situazioni «nominate». Il termine «disastro» compare quale evento di un reato casualmente orientato (art. 430 c.p.) ovvero come risultato ulteriore di fatti-base già perfetti, descritti per modalità interne (artt. 427, 429, 431, 433, 437 c.p.).

L'art. 422 c.p. non contiene riferimenti al «disastro» e, rispetto agli altri delitti richiamati dall'art. 449 c.p., presenta note strutturali del tutto peculiari, consistenti nel più volte citato dolo specifico e dall'idoneità degli atti a porre in pericolo la pubblica incolumità²⁶. Sull'elemento soggettivo ci siamo già abbondantemente diffusi.

A livello lessicale possiamo ulteriormente constatare che l'espressione «al fine di...» è utilizzata solo per il delitto di strage, mentre nelle altre fattispecie ridonda sempre la formula «al solo scopo di ...» (artt. 424, 427, 429, 431 c.p.) per risolvere, in astratto, come già detto, problemi di concorso apparente di norme qualora le condotte di incendio o di danneggiamento siano tese a realizzare una strage²⁷.

di altri. In altri termini, chi, ad es., «rompe o deteriora chiuse, sbarramenti, argini, dighe o altre opere destinate alla difesa contro acque, valanghe o frane...» al «fine di uccidere» risponderà di strage e non ai sensi dell'art. 427 c.p.: «*Danneggiamento seguito da inondazione, frana o valanga*». Stesso discorso vale per tutte le altre disposizioni, a meno che «strutturalmente» si dimostrino incompatibili con l'art. 422 c.p. Tale circostanza non ricorre nemmeno nell'art. 435 c.p. che punisce «*chiunque, al fine di attentare alla pubblica incolumità, detiene dinamite o altre materie esplosive, asfissianti, accecanti, tossiche o infiammabili, ovvero sostanze che servano alla composizione o alla fabbricazione di esse*», perché la condotta descritta, ove fosse diretta ad uccidere un numero indeterminato di persone, darebbe tranquillamente luogo ad un'ipotesi di strage tentata. Da quest'ultima disposizione si deduce, anzi, che a porre in pericolo la pubblica incolumità possono essere innumerevoli atti e non solo quindi le ipotesi di disastro, nominato o innominato che sia.

²⁵ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale, parte speciale*, vol. II, cit., p. 17.

²⁶ Contra A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale* (a c. di C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro), vol. IX, t. I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, p. 190, per il quale la realizzazione di un «disastro» al fine di uccidere rappresenta il fatto tipico del delitto di strage. Per questo, infatti, è ben possibile comprendere gli atti che concretano i delitti dagli artt. 423 a 434, i quali però non sono tutti espressivi di un disastro, anche se concretanti un pericolo per la pubblica incolumità: per il delitto di incendio è sufficiente che sia sorta la mera possibilità di un pericolo per la pubblica incolumità, mentre per la strage è necessario che il bene sia stato effettivamente posto in pericolo. Cfr., in termini, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VI, cit., p. 263.

²⁷ Secondo una dottrina l'art. 427 c.p. non costituirebbe un reato a dolo speci-

La circostanza che il dolo specifico funzioni o no come elemento differenziatore di uno da un altro reato, ha importanti riflessi sulle modalità di atteggiarsi del dolo nell'atto di partecipazione atipica. Le dimensioni del presente lavoro non ci consentono di intrattenerci a lungo sul punto. Sia qui sufficiente notare che, qualora il dolo specifico non abbia rilievo "specializzante", è necessaria nel partecipe almeno la consapevolezza dell'elemento soggettivo proprio dell'esecutore, elemento soggettivo che diventa «fatto» oggetto di rappresentazione da parte dell'agente che da tale elemento psicologico non è mosso²⁸.

Le cose cambiano se si verifica una delle situazioni contemplate dagli artt. 116 e 117 c.p.

Nel primo caso, qualora il dolo specifico non giochi un ruolo "differenziante" nei rapporti fra norme e fosse commesso un reato diverso voluto da taluno dei concorrenti, colui che non aveva il prescritto dolo specifico risponderà ai sensi dell'art. 116 c.p. anche se non si era rappresentato l'elemento psicologico del concorrente.

Qualora, invece, il dolo specifico si ponga come elemento differenziale fra più fattispecie, prenderà vita la particolare disciplina dell'art. 117 c.p., perché muterà il titolo del reato, per cui il dolo specifico non sarà, come nei casi già visti, un criterio di imputazione soggettiva dell'illecito, ma un momento costitutivo di un'offesa tipica: sarà appunto un «elemento del fatto»²⁹.

Il raffronto con il Codice Zanardelli del 1889 e con altre legislazioni contemporanee mette in evidenza la particolarità del Codice Rocco che ha collocato il delitto di strage fra i delitti contro la pubblica incolumità. Il Codice penale del 1889 – similmente al Codice penale tedesco vigente – iniziava l'esposizione dei delitti contro l'incolumità pubblica – che i tedeschi denominano «reati di comune pericolo»³⁰ – col punire il delitto di incendio (art. 300 c.p. 1889; § 306

fico perché lo scopo al quale essa fa riferimento non è un evento ulteriore rispetto alla condotta, ma coincide con la stessa condotta costitutiva di reato: G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 573. Verrebbe da osservare che un evento in questo caso c'è, ed è costituito dal pericolo di una frana, ovvero dalla caduta di una valanga e il fine specifico distingue questi casi dal pericolo per la pubblica incolumità qualora la stessa condotta di danneggiamento sia posta in essere al fine di uccidere.

²⁸ Chiaro appare che qualora l'esecutore materiale non abbia il prescritto dolo specifico, sarà ad esempio il concorrente istigatore ad aver dovuto operare con la particolare finalità prescritta dalla legge.

²⁹ Per gli opportuni distinguo v. M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., p. 207 s.

³⁰ Sulla "relatività" della classificazione v. G. ARZT e U. WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Bielefeld, 2000, p. 802.

StGB) che, se commesso al fine di uccidere, secondo la formulazione dell'art. 364 c.p., dava luogo all'applicazione dell'aggravante prevista dal n. 4 dell'art. 366 c.p. che prevedeva la pena dell'ergastolo se l'omicidio fosse stato commesso col mezzo dell'incendio, inondazione, sommersione o altro dei delitti preveduti nel titolo VII.

Il delitto di strage è descritto con maggior precisione dal Codice penale uruguayano, il quale all'art. 207 incrimina colui che, fuori dai casi di incendio, pone in pericolo la sicurezza o beni di più persone, o lede tali diritti, attraverso l'impiego di mezzi o agenti poderosi di distruzione. Se dal fatto ne deriva la morte o la lesione di più persone scatta la circostanza aggravante prevista dal n. 1 dell'art. 208 c.p.³¹.

Come si vede, nessuna delle disposizioni richiamate dal Codice penale tedesco e da quello della Repubblica orientale dell'Uruguay, entrambe contemplate fra i delitti contro la sicurezza pubblica, è simile al delitto di cui all'art. 422 c.p. italiano. La succinta comparazione ci aiuta però a dare una definizione più corretta di "strage", termine che, come detto, compare solo nella rubrica dell'art. 422 c.p. ma non trova riscontro nella descrizione "base" del delitto in esame e non può costituire un "disastro" come tale richiamato dall'art. 449 c.p.

Riguardo all'«idoneità» degli atti resta da aggiungere che il soggetto deve rappresentarsi l'attitudine di questi a provocare la morte di un numero indeterminato di persone, rappresentazione che, anche qualora fosse dubitativa³², spingerebbe il soggetto a valersi di quei mezzi per raggiungere il suo scopo.

Un'ulteriore conferma sistematica³³ proviene dall'art. 434 c.p. nel

³¹ Come avviene, seppur con diversità del titolo di imputazione, nella norma di cui al § 306c. StGB, «*Brandstiftung mit Todesfolge*», che prevede la pena detentiva a vita o la pena detentiva non inferiore a dieci anni se, mediante un incendio ai sensi dei §§ da 306 a 306b, l'autore ha cagionato, almeno per colpa grave, la morte di un'altra persona.

³² Che il dubbio non escluda il dolo è stato già da tempo acclarato dalle indagini della migliore dottrina. Si pensi al soggetto che non sia certo sull'«altruità» della cosa e, ciò non ostante, se ne appropri al fine di trarne profitto. Cfr. G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 477.

³³ Fra i mezzi con i quali l'interpretazione si attua, una particolare posizione occupa il c.d. «*elemento sistematico*» che considera l'insieme delle altre disposizioni che con quella in esame possono essere confrontate, disposizioni che sono *formalmente separate* e che spesso possono essere anche assai lontane fra loro; e la interpretazione sistematica può portare in alcuni casi a rivelare una volontà di legge contraria a quella indicata con la sua lettera. Deve tuttavia rilevarsi che l'elemento interpretativo «logico-sistematico» – per la materia penalistica – è stato da taluno correttamente sistemato fra gli elementi interpretativi *extrajuridici* non assurgendo a canone interpretativo autonomo, costituendo, più esattamente, una particolarità del

quale comprare l'inciso «fatto diretto a...». Anche in questo caso il disvalore è tutto incentrato sulla causazione del pericolo per la pubblica incolumità («se dal fatto deriva...») al quale può aggiungersi il crollo o il disastro.

Nulla osta a che l'art. 449 c.p. estenda la punibilità per colpa anche a questo caso, purché si realizzi il disastro che è nominativamente richiamato, cosa diversa dalla morte di più persone che trova una sua punizione a titolo colposo già all'art. 589 c.p.³⁴, anche se dottrina e giurisprudenza ritengono che in difetto di dolo specifico l'evento letale resti punito ai sensi dell'art. 586 c.p.³⁵. A tacer d'altro, in ogni ipotesi di “disastro” verificatosi, la pena della reclusione non supera mai i dodici anni, mentre per la morte di uno o più soggetti, per effetto dell'applicazione di una circostanza a effetto speciale, si applica l'ergastolo: significa che “disastro” e “strage” sono concetti diversi fra di loro³⁶.

Concludendo. L'art. 422 c.p. richiede, a livello di «fatto tipico», sia il dolo specifico sia l'idoneità degli atti, componenti che nessuna delle disposizioni del Capo I del Titolo VI possiede congiuntamente. Possiamo quindi considerare la “strage” una norma *sui generis* nella sua formulazione, giustamente esclusa dalla onnicomprensiva disposizione dell'art. 449 c.p.

3. *Il fine ulteriore qualificato “evento” e il principio di materialità dell'illecito penale. Critica.*

Che a proposito del delitto di strage la tecnica legislativa utilizzata consenta un'anticipazione della punibilità è dato sul quale non sarebbe il caso di insistere³⁷, se non fosse che, da parte di taluno, si

ragionamento, da affiancarsi accanto agli altri generalmente accolti (Per questo indirizzo: R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, pt. I, vol. I, cit., p. 309; cfr., altresì, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit. p. 91). Sovente obliato dalla trattatistica contemporanea, il metodo sistematico non ha mai smesso di aiutare l'interprete nella sua attività creatrice del diritto, anche se spesso è stato sovrapposto all'interpretazione analogica (G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 142). Per una rivalutazione nel primo senso v. ora G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 62 s.).

³⁴ Anche il legislatore contemporaneo si è avveduto di ciò allorquando ha dettato una disposizione autonoma che incrimina a titolo di colpa l'incendio boschivo di cui all'art. 423-bis, apponendo inoltre la clausola di specialità espressa nel testo dell'art. 449 c.p.

³⁵ Cfr. E. BAFFI, *Strage*, cit., p. 1134.

³⁶ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VI, cit., p. 313.

³⁷ Si tratta di un reato a condotta pericolosa da accertarsi in concreto: S. BENINI, *sub* art. 422, cit., p. 2758; L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 559 s.

è tentato di assimilare i reati a dolo specifico al tentativo, sostenendo che quello sia il vero elemento soggettivo delle fattispecie di conato punibile.

In linea generale questa tesi risente grandemente dell'influenza dei presupposti del finalismo, specialmente del modello conosciuto come il "*paradigma di Zielinski*"³⁸, secondo il quale il verificarsi dell'evento costituisce condizione obiettiva di punibilità del reato; ma può ben iscriversi in un contesto di «definalizzazione» proprio dei reati colposi nei quali il comando normativo – secondo una teorica – riguarda l'«azione» e la pericolosità che la riveste, riconoscibile da parte dell'agente, ma non l'effetto lesivo imputato oggettivamente³⁹.

È altrettanto evidente che ben diversa è la situazione caratterizzata da dolo specifico (per la quale pur si verifica un certo arretramento della punibilità) da quella di delitto tentato. Nella prima l'«evento» può determinare una pena di specie diversa (ergastolo nel delitto di strage) o essere del tutto irrilevante (ad es. per il delitto di furto); nella seconda, invece, l'evento, oltre a non doversi verificare, determina il passaggio da un delitto a un altro, costituendo – come noto – il tentativo e il delitto consumato titoli autonomi di reato.

Sotto il profilo del dolo, poi, nel tentativo, la rappresentazione abbraccia l'evento del corrispettivo delitto consumato che non ha a verificarsi per circostanze indipendenti o dipendenti dalla condotta dell'autore (delitto mancato o recesso attivo). Nei reati a dolo specifico il fine perseguito dall'agente non consiste in un evento, ma concorre a esaurire, per sé, oggettivamente, il disvalore del fatto⁴⁰.

Questo di regola, perché l'esame delle fattispecie penali può ri-

³⁸ D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973, pp. 143 ss., 314 ss. e *passim*. In senso contrario si era già espresso con la massima autorevolezza L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, cit., p. 36.

³⁹ O. VANNINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1939, p. 135.

⁴⁰ Ulteriori riferimenti in L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., pp. 559-560.

Di questo orientamento è espressiva anche la più recente giurisprudenza. Cfr., con riferimento al reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74/2000, Cass. sez. III, 24 settembre 2008, n. 39359, in *CED Cass.*, *rv.* 241040: «... l'evasione d'imposta non è elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice del delitto d'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, ma configura un elemento del dolo specifico normativamente richiesto per la punibilità dell'agente...». Ancora più spinta è Cass. sez. III, 14 novembre 2007, n. 12719, in *CED Cass.*, *rv.* 239339: «In tema di reati finanziari e tributari, la presenza di una ulteriore finalità dell'azione delittuosa non incide sulla compiuta integrazione della fattispecie di emissione di fatture per operazioni inesistenti, attesa la natura di reato di pericolo astratto per la cui configurabilità è sufficiente il mero compimento dell'atto tipico».

chiedere, di volta in volta, degli eventi senza il verificarsi dei quali l'intenzione dell'agente rimarrebbe priva di significato. Si può fare l'esempio della truffa, figura criminosa che richiede, accanto al profitto, la produzione di un «danno», circostanza che consente di configurare il tentativo.

Siffatto argomentare è però solo indicativo e non esaustivo. Abbiamo sinora parlato di eventi (naturalistici), ma sia i reati a dolo specifico sia il tentativo riguardano anche reati di pura condotta (ad es. furto) e concepire il fine ulteriore come qualcosa che sta «al di là» del «fatto» significa offrire una visione solo parziale dei fenomeni giuridici e, come tale, non fruibile nella pratica che innumerevoli situazioni di vita conosce.

La «parte speciale» del diritto penale offre notevoli spunti per considerare gli istituti sotto più angoli di visuale. Così si verifica che reati ove è presente una descrizione del «fatto tipico» come quella dei reati a dolo specifico, si presentino multiformi e rispondenti a diverse esigenze. Accade che nelle figure come quella della strage si punisca la messa in pericolo della pubblica incolumità senza tenere in considerazione, ai fini del perfezionamento del reato, qualsiasi evento di danno suscettibile di essere cagionato.

Diverso è il caso dei reati contro il patrimonio, dove lo scopo che muove l'agente serve a risolvere – in astratto – taluni problemi di conflitti fra norme, come fra la truffa (art. 640 c.p.) e l'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.) e fra queste e la fraudolenta distruzione di cosa propria e mutilazione fraudolenta della propria persona (art. 642 c.p.). Stesso discorso può essere fatto per il delitto di furto (art. 624 c.p.) e l'impossessamento commesso «al solo scopo» di fare uso momentaneo della cosa sottratta (art. 626, I comma, n. 1, c.p.), dove il «fine» cui mira il soggetto è desumibile solo dall'analisi della condotta.

Ridurre la casistica ora riportata a semplici «motivi dell'azione» significa non tenere conto, com'è stato esattamente osservato, che le «finalità» delle fattispecie richiamate posseggono una nota di tipicità interna, mentre i motivi a delinquere sono, per loro natura, «atipici», estranei al «fatto»⁴¹.

4. *I reati a dolo specifico come reati ad accertamento psicologico vincolato*

Dobbiamo a questo punto meglio qualificare i c.d. «elementi finalistici della condotta», quegli elementi normativi dotati di una pre-

⁴¹ M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, p. 128.

gnanza soggettiva, rilevanti nell'ambito della tipicità della fattispecie criminosa.

Scartate, per i motivi anzidetti, le tesi che, in vario modo, cercano di qualificarli eventi in modo da 'riporli' "al di là" del fatto e, come tali, oltrepassanti la volontà dell'agente; così come quelle dottrine che riportano la finalità ulteriore ai «motivi» o «moventi» del reato e che hanno poi gettato le basi per l'elaborazione delle fattispecie c.d. a «dolo specifico implicito», sia consentito considerarli vere e proprie forme di *oggettivazione della subiettività*.

E a una conclusione del genere è possibile giungere solo considerando detti elementi, "elementi normativi della fattispecie penale", connaturati alla struttura del fatto.

Possiamo osservare come, a proposito di un discreto numero di fattispecie criminose, il legislatore abbia ristretto il potere del giudice di ri-descrivere l'evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo⁴², dovendosi egli attenere allo svolgimento causale così come descritto nella fattispecie incriminatrice, essendogli precluso qualsiasi accertamento alternativo.

Trasferendo queste notazioni sul terreno dell'elemento soggettivo e recando a conseguenza i punti fermi sin qui acquisiti, è agevole trarre il corollario che ogni qual volta la figura criminosa si presenta descritta (anche se con la tecnica del rinvio) secondo note modali tali da vincolare il giudice nell'accertamento della sua realizzazione, ciò vale anche – e, diremmo, a maggior ragione – per l'accertamento del dolo. Tale notazione ci consente di affermare che i reati a dolo specifico, sparsi numerosi nel codice penale, presentano delle caratteristiche ulteriori che li differenziano rispetto agli altri reati dolosi, segnatamente all'*accertamento dell'elemento soggettivo*.

Procedendo a uno svolgimento successivo della ricerca occorre richiamare quanto detto sugli *elementi normativi* e sul ruolo svolto, a questo punto, nei confronti di quel complesso di volizioni e di rappresentazioni costituenti il dolo. Noi qualificiamo *normativi* quegli elementi ipotizzati nella fattispecie penale in termini descrittivi o valutativi. Non esiste, infatti, alcuna differenza fra aspetti a carattere naturalistico e aspetti che richiedono, per essere concretamente accertati, una valutazione giudiziale, siccome di estrazione puramente giuridica o riferiti a particolari valori vigenti in un momento storico ben

⁴² Mutuiamo il lessico da Cass., sez. un., 12 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, c. 617. Per un preciso quadro che traccia l'evoluzione della giurisprudenza italiana prima e dopo la citata decisione delle SS.UU. v. A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, p. 260 ss.

definito e suscettibili di variazione nel tempo, come il concetto di “osceno”, di “pudore”, di “buon costume”, eccetera⁴³.

Nell'impostazione usuale che si dà a questo tema, e del quale possiamo ben dare per acquisite tutte le nozioni e implicazioni varie⁴⁴, possiamo svolgere l'indagine su una prospettiva alquanto diversa rispetto a quella tradizionale, che sembra trovare un sicuro punto d'approdo relativamente alla costituzione della prova nel processo penale. È noto che, nell'accertare un “fatto”, il giudice dispone di mezzi molto più limitati qualora indaghi uno stato interiore – qualunque esso sia – rispetto al lato, per così dire, “esterno” del reato, dovendo ricorrere – nel primo caso – per lo più a strumenti di ricostruzione indiretti⁴⁵.

Mentre per l'accertamento del dolo – sia esso intenzionale, diretto o eventuale – l'interprete può rifarsi a una serie di regole d'esperienza, cioè inferire da dati esterni conclusivi che rivelino l'assenza di situazioni escludenti il dolo, stante l'impossibilità di stabilire aprioristicamente un comportamento interno, per l'accertamento e contestuale affermazione del dolo specifico il legislatore esige che si tengano in esatto conto taluni elementi normativi sublimati nella disposizione legale: gli *elementi normativi soggettivamente pregnanti*.

Accade che le formule descrittive delle fattispecie a dolo specifico indichino una precisa direzione che il giudice deve seguire nella valutazione dei mezzi di prova per poter statuire sull'esistenza dell'elemento psicologico del reato: un limite legislativamente previsto alle (e una positivizzazione delle) regole d'esperienza cui normalmente si ricorre nell'accertamento di un fatto incerto come l'elemento psicologico che, pur essendo, in questo, caso effettivo – come lo è il dolo – rimane pur sempre confinato nel “foro interno” dell'agente.

E le ipotesi normative che più in alto, con una certa frequenza, abbiamo richiamato, offrono spunti degni della massima attenzione per un approfondimento delle tematiche oggetto della presente trattazione.

Occupandoci di elementi normativi a contenuto soggettivo, che, già in linea di premesse generali ci hanno consentito di prendere po-

⁴³ Lo stesso discorso che, a fini riepilogativi, è stato formulato nel testo, vale anche per altri concetti, meno noti ma non meno importanti, quali quello di “nave”, di “aeromobile”, di “disastro”, di “ordine pubblico”, di “salute pubblica”, il riferimento della legge ad un oggetto non in quanto tale ma in quanto legato dal vincolo assicurativo ex art. 642 c.p., e via dicendo.

⁴⁴ V., per tutti, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 82 ss.

⁴⁵ Cfr. M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, 2005, p. 122 ss.

sizione sui rapporti fra «tipicità» e «antigiuridicità», è necessario, a questo punto dell'indagine, estendere l'analisi ad alcuni contenuti tipici dell'elemento soggettivo del reato, in particolare al dolo nella sua più generale accezione.

Il più volte citato art. 323 c.p., nella sua prima formulazione, prevedeva un'ipotesi a dolo specifico, da ritenersi, secondo una tesi, incostituzionale perché espressione di una direzione lesiva che accede ad una condotta "neutrale", non offensiva di valori costituzionalmente significativi. In tali casi – si sostiene – tutto il disvalore si incentrerebbe su di un mero atteggiamento psichico⁴⁶.

Per attribuire massima estensione al «principio di materialità» dell'illecito si è sancita l'appartenenza del dolo specifico al piano del fatto (meglio: si è cercato di ricostruire queste ipotesi alla luce del principio di necessaria offensività del fatto materialmente descritto), senza poi chiarire come potesse un atteggiamento psicologico appartenere contemporaneamente al piano del «fatto» e della «colpevolezza».

È a questo proposito che, sotto altra veste dogmatica, gli «elementi soggettivi del fatto» prendono nuovamente corpo nello studio dell'illecito penale, senza però che ne sia stata formulata una nozione convincente che andasse oltre la fragile contrapposizione tra «fatto» e «antigiuridicità», e senza che ne fosse stato intuito il valore paradigmatico espressivo dell'unitaria categoria della «tipicità» oggettiva⁴⁷. Ritornando al delitto di "abuso d'ufficio" e ribadita la non costante dimostrabilità dell'asserito legame fra disvalore penale e significatività costituzionale⁴⁸, la ricostruzione in termini di "materialità" della fattispecie, anche se non dettagliatamente descritta fa leva sull'utilizzo di determinati elementi normativi che condizionano la tipicità anche dell'elemento soggettivo, con quella sufficienza di disvalore di condotta capace di resistere al vaglio di costituzionalità. Nella specie, assume particolare rilevanza l'abuso di poteri nel compimento di un atto desumibile – stante il tenore dell'originaria formulazione dell'art. 323 c.p. – da qualsiasi fatto non contemplato da altre "nominate" fattispecie, connotato dal carattere di illegittimità⁴⁹.

La riformulazione di un'ipotesi normativa a dolo specifico in una nuova figura ad evento naturalistico, testimonia – come nel caso dell'art. 323 c.p. – l'intenzione del legislatore di ridefinire le modalità di

⁴⁶ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 87.

⁴⁷ Parla di oggettiva adeguatezza dell'azione a produrre l'evento offensivo A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 91 ss.

⁴⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 86 s.

⁴⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, cit., p. 278 ss. ed *ivi* gli opportuni distinguo.

aggressione all'interesse protetto, spostando l'attenzione sul risultato materiale della condotta. Ciò non significa affatto che – come, di contro, si sostiene – una condotta criminale a forma tendenzialmente “libera”, alla quale “accede” un dolo specifico sia sfornita della sufficiente concretezza tale da poterne predicare la violazione dell'art. 25, comma II, Cost. nella dimensione positiva della legalità.

Uno dei problemi strettamente connesso alla questione or ora accennata è quello dell'esistenza di fattispecie ad accertamento soggettivo vincolato che impongono all'interprete di ricostruire, secondo cadenze legislativamente scandite, l'elemento soggettivo del reato.

Abbiamo detto che l'esistenza di talune formule linguistiche delinquenti il fatto tipico implica che l'agente se le rappresenti e, dal lato del terzo osservatore, che da queste si desuma l'esistenza o l'assenza del dolo. La questione si presenta negli stessi termini espressi dalla direzione non equivoca degli atti nella fattispecie del delitto tentato di cui all'art. 56 c.p. Non intendiamo affrontare qui, neanche di sfuggita, i problemi che la formula «atti...diretti...a...» pone e che andrebbe analizzata solo se non dovessero trovare applicazione i principi generali in tema di dolo che più in alto abbiamo richiamato.

Sulla scorta delle acquisizioni raggiunte sugli elementi “materiali” del tentativo, sono «diretti in modo non equivoco» quegli atti che, essendo parte della azione che conduce ad un determinato risultato criminoso, appaiono, secondo le regole di esperienza, orientati in modo indubbio alla commissione del risultato stesso⁵⁰. Il giudizio viene dato facendo riferimento ad un osservatore medio, le cui conoscenze sono arricchite da quelle possibili, maggiori, del soggetto agente. Nella situazione in questione, l'agente sarà dunque in dolo se si sarà rappresentato i proprii atti come facenti parte dell'azione conducente al delitto e ad esso rivolti in modo non dubbio, sia nel caso in cui la sua rappresentazione coincida con quella dell'osservatore medio, sia in cui siano superiori. Rovesciando il discorso, riguardo agli elementi del fatto dal quale inferire l'esistenza del dolo nella fattispecie di delitto tentato, si deve affermare il dolo dell'agente facendo riferimento, oltre alle circostanze ulteriori conosciute e, differenzialmente rispetto a quanto accade per l'accertamento nelle fattispecie a dolo generico, alla direzione oggettiva degli atti stessi, elemento necessario e sufficiente per la prova e conseguente affermazione della responsabilità dolosa, esclusa, a questo punto, solo da una eventuale, minore conoscenza del soggetto attivo⁵¹.

Nell'articolata discussione fra «oggettivisti» e «soggettivisti» si sono

⁵⁰ I. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, cit., p. 443.

⁵¹ Cfr. B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 65 ss.

affrontate alcune questioni di fondo proprie – come abbiamo visto – delle fattispecie che presentano elementi soggettivi dell'illecito e delle figure di tentativo che, nella loro complessità, fuoriescono dall'economia del presente lavoro; qui sembra sufficiente prendere le mosse dall'affermazione dell'esistenza nelle disposizioni penali-sostanziali di *regole sulla prova*.

Riprendendo un'anticipazione formulata alla fine del Capitolo II del presente lavoro, aggiungiamo – muovendo verso le conclusioni – che una prospettiva di indagine orientata in senso specificamente processualistico sarebbe dogmaticamente assai poco accettabile, contribuendo, sul piano dell'effetto giuridico, a creare una distinzione fra il piano sostanziale e quello processuale improduttiva di conseguenze pratiche. La portata dell'orbita della fattispecie normativa del comportamento implica necessariamente che la norma penale *reale* nasca come tutt'uno, formata da segmenti di diritto sostanziale e di diritto processuale, il che rende inevitabile l'intersecazione e il reciproco condizionamento del momento di accertamento del fatto condizionante e il momento della conseguenza sanzionatoria. Così come le “regole”, i “segmenti di norme” che strumentalmente sono rivolti a disciplinare il processo di accertamento della fattispecie condizionante, dipendono naturalmente dalla natura dell'oggetto al cui accertamento tendono.

È indubbiamente importante riconoscere le situazioni dove maggiormente è avvertita la difficoltà di accertare la concreta verificabilità delle proposizioni linguistiche formulate nel precetto penale. In questi casi non è necessariamente in gioco la sufficiente descrizione del contegno vietato, potendo – com'è accaduto per il delitto di *plagio* – il requisito della “determinatezza” della fattispecie penale essere vulnerato dall'impossibilità della sua verifica processuale⁵².

Il principio di “verificabilità” entra a far parte della «tipicità» della fattispecie concreta, definendo compiutamente cosa debba intendersi per «fatto penalmente rilevante» in ossequio alla *ratio* di garanzia canonizzata all'art. 25, comma II, Cost., messa in crisi dalle difficoltà probatorie in relazione all'“asservimento” e al “totale stato di soggezione” della persona offesa al soggetto attivo⁵³.

A questo punto si pone il problema di una diversa formulazione dell'art. 603, cioè se le conclusioni sarebbero state identiche qualora il delitto *de quo* fosse stato caratterizzato dal dolo specifico. La questione riecheggia e ripropone quei tentativi di concretizzare l'elemento materiale del reato e del dolo, individuato nel fine – non scritto – di trarre lucro dalla persona plagiata. Questo rilievo, enunciato in al-

⁵² C. Cost. 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, p. 806 ss., spec. p. 830.

⁵³ F. COPPI, voce *Plagio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, 1983, p. 934.

cune pronunce di merito per lo più in tono assiomatico⁵⁴, come un qualcosa di cui non occorre dare la dimostrazione, riveste una portata ben superiore a quella di una semplice affermazione contenuta in una decisione giudiziaria. Esso infatti si rifà al delitto di plagio come sottospecie di “furto”, deducendo dalla reificazione della persona la necessità di provare il fine di lucro che l'agente mirava di trarre dalla persona abbotta⁵⁵, non contemplato però nella formulazione legale del 1930, la cui presenza, avrebbe di contro fugato ogni dubbio circa la verificabilità empirica di quell'ipotesi criminosa sin dall'inizio concepita come una schiavitù di fatto.

L'analisi della «tipicità» della fattispecie penale, nell'indagine che ci siamo proposti, è dunque scandita in due tempi: anzitutto si individuano le situazioni elementari, e cioè le entità dalle quali non è possibile prescindere per poter procedere all'accertamento dell'esistenza di un illecito penale; e, sotto questo profilo, scompaiono tutte le perplessità in ordine alla ritenuta sinonimia fra «tipicità» e «antigiuridicità», ché, alla rilevazione degli asseriti reciproci nessi per la costruzione di una «fattispecie» penale, fa riscontro la proposizione «fatto penalmente rilevante», ove all'apparente conformità del comportamento ad una fattispecie astratta segua una concreta verificabilità e, ulteriormente, il prodursi di conseguenze giuridiche⁵⁶.

In secondo luogo, il prodotto di quest'elaborazione concettuale si rinviene nell'esistenza di peculiari elementi normativi che – come detto – vincolano l'interprete nell'accertamento della tipicità soggettiva. Il discorso non riguarda solo quei reati a contenuto intrinsecamente doloso, dove il «fine», elemento normativo di fattispecie, deve essere rappresentato e oggetto di valutazione da parte del giudice sotto il profilo della prova, ma anche quei reati che presentano descrizioni tipiche del contenuto del volere che, pur non costituendo – in astratto – oggetto di rappresentazione, veicolano il giudice verso l'affermazione – in concreto – della colpevolezza. Un tipico esempio è offerto non solo dal citato art. 449 c.p. nella espressione «per colpa» che – com'è stato esattamente osservato – indirizza l'indagine verso quelle concrete qualifiche che il comportamento umano deve possedere per

⁵⁴ Cfr. F. COPPI, *Plagio*, cit., p. 939, nt. 40.

⁵⁵ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. V, Torino-Milano-Roma-Napoli, 1894, p. 527 ed ivi ampi riferimenti ai lavori preparatori del Codice del 1889 (p. 471 ss.), nonché all'esperienza comparata, dall'analisi della quale emerge che già il Codice germanico del 1 gennaio 1872 contemplava un dolo specifico (p. 522).

⁵⁶ Si v., a riguardo, l'importante contributo di C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, 1961, p. 131 ss. il quale parla di «fattispecie complessa».

essere giudicato come colposo in ordine a un determinato fatto secondo la definizione dell'art. 43, comma I, alinea III, c.p.⁵⁷, ma anche da discipline più complesse dove compaiano espressioni tipo «di pura sorte» o «manifestamente imprudenti» (art. 217, comma I, n. 2, l. fall.) ovvero «ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento» (art. 217, comma I, n. 3, l. fall.) o, infine, «con altra grave colpa» (art. 217, comma I, n. 4, l. fall.).

Ci troviamo, insomma, di fronte a una delle possibili tecniche di cui si serve il legislatore nella normazione, al cospetto cioè di regole di giudizio, di “massime d'esperienza”⁵⁸ sublimate in uno o più “fatti giuridici” che assumono le vesti di elementi normativi di fattispecie.

Nella ricostruzione del fatto possono venire in gioco problemi legati alla sussumibilità di un accadimento nello schema descrittivo a carattere naturalistico⁵⁹, e problemi legati alle forme lessicali utilizzate dal legislatore che devono essere risolti nell'ambito dell'area semantica dei termini linguistici.

Uno spunto di riflessione ulteriore può essere offerto dal concetto di «sediziosità» e, in misura ancor maggiore, dal concetto di «tendenziosità» figuranti negli artt. 655 e 656 c.p. Entrambi sono caratterizzati da un dolo “espresso” (atteggiamento che deve sussistere in capo ad almeno uno dei concorrenti nel primo caso), emergente a livello lessicale, in deroga alla regola generale di cui al IV comma dell'art. 42 c.p. che sancisce l'indifferenza, per la punibilità delle contravvenzioni, del dolo o della colpa⁶⁰. La diffusione di notizie tendenziose importa necessariamente l'esatta rappresentazione dell'idoneità degli atti a turbare l'ordine pubblico e, di conseguenza, la volizione dell'offesa⁶¹.

Sempre ai fini della più precisa individuazione del significato del fatto, è ricorrente, da parte del legislatore, l'uso di formule gerundive del tipo “abusando”, “millantando”, “giovandosi” ecc.

⁵⁷ S. ARDIZZONE, *La fattispecie obiettiva del crollo colposo di costruzioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 770.

⁵⁸ Sulle “massime d'esperienza” v., per tutti, M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, Torino, 2008, p. 15 ss.

⁵⁹ Sulla conoscenza del fatto come problema interpretativo v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*, part. p. 213 ss.

⁶⁰ Cfr. L. CONTI, voce *Contravvenzione*, in *Enc. dir.*, vol. X, 1962, p. 232.

⁶¹ Mentre la “diffusione” di notizie false può avvenire per negligenza o per una sopravvalutazione imprudente della gravità delle stesse, la “tendenziosità” implica la modificazione intenzionale di taluni aspetti o particolari, allo scopo di favorire determinati interessi. *Contra*, nel senso che la propalazione di notizie può avvenire per una generica imprudenza in tutte le ipotesi descritte, F. ANTOLISEI, *Manuale, parte speciale*, vol. II, cit., p. 263.

Il concetto di «abuso» richiamato dall'art. 317 c.p., per fare un esempio di portata generale e d'attualità, svolge un ruolo fondamentale, sia per attribuire tipicità alle condotte di «costrizione» e di «induzione», sia per tracciare i limiti oggettivi della fattispecie di concussione rispetto a quella di corruzione⁶².

Con riguardo al primo punto, che tuttavia non può essere trattato isolatamente rispetto al secondo, in tanto possiamo attribuire tassatività alla condotta di «induzione» e, di conseguenza, considerarla «idonea» a mettere in moto tutta una serie di processi psicologici che sfociano in un determinante condizionamento morale, in quanto sia stata realizzata dal pubblico agente *abusando* della sua qualità o dei suoi poteri.

L'accertamento dell'«abuso» strumentale è determinante per poter affermare l'elemento soggettivo dolo in capo al concussore, ma anche, e soprattutto, perché, trovandoci in presenza di un reato plurisoggettivo, è necessario che anche il concusso abbia la piena percezione del significato del comportamento del pubblico agente, tale da averlo costretto o indotto a dare o promettere danaro o altra utilità. In caso contrario, quando cioè il privato sia stato mosso da intenti che da quell'abuso benefici volevano trarre, allora troverà applicazione la figura della corruzione nella quale l'abuso espleta una ben precisa funzione selettiva dal più grave delitto di concussione.

In riferimento al delitto di strage, la formula «atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità» è la stessa che, per identità di *ratio*, troviamo nella formulazione di certe ipotesi di illecito penale rispetto alle quali una puntuale tipizzazione di tutte le situazioni rientranti nella previsione della norma urterebbe contro i canoni dell'economia linguistica.

Vengono in considerazione, sotto questo profilo, soprattutto i casi di «illiceità speciale», la cui caratteristica consiste – come visto – nel consentire l'ingresso in una fattispecie di reato ad una complessa situazione di fatto, sinteticamente designata per il tramite di un giudizio normativo di valore.

Applicando i concetti fissati precedentemente, possiamo meglio comprendere come il piano sostanziale e quello processuale si condizionino reciprocamente soprattutto a livello della prova, desumendo la *finalità di uccidere* dalle modalità oggettive della condotta criminosa⁶³.

⁶² V. sul punto le autorevoli osservazioni di G. CONTENUTO, *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, in *Scritti 1964-2000* (a c. di G. Spagnolo), Bari, 2002, p. 517 ss.; altresì, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., p. 211.

⁶³ Cfr. Cass., sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389, Bouyahia, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2375.

Ne segue, secondo alcune pronunce, che la prova del dolo specifico può ben essere desunta dalla straordinaria potenzialità del mezzo usato di per sé indicativo dell'evidente intenzione di cagionare la morte⁶⁴, da tutte le modalità dell'azione⁶⁵ e indipendentemente dal fine ultimo di questa⁶⁶.

Alla fine dell'indagine è dato constatare un diverso atteggiarsi dei reati a dolo specifico, volta a volta riportabili a una tutela anticipata degli interessi protetti o alla maggiore selettività nella descrizione delle fattispecie criminose. In tutti questi casi tuttavia non sarebbe possibile attribuire rilevanza al solo atteggiamento interiore, a pena di scivolare in un soggettivismo certamente non consentito dall'attuale assetto ordinamentale. A bilanciare l'eccessivo soggettivismo che si verrebbe a creare qualora si continuasse a considerare il dolo specifico una semplice forma di dolo, soccorre la manifesta dipendenza del dolo specifico dal fatto tipico, del quale rappresenta un'*estrinsecazione soggettiva in termini di offensività*.

In realtà, i c.d. «elementi soggettivi della tipicità», lungi dal frazionare il dolo specifico in due segmenti, il primo dei quali (dolo generico) costituirebbe il vero elemento psicologico del fatto, mentre il secondo (dolo specifico) sarebbero componente soggettiva del fatto, come vorrebbero gli autori che hanno in vario modo cercato di costruire le fattispecie con tendenza oltrepassante in due atti, o come figure a «evento tagliato», si propongono come modalità della fattispecie normativa che, come tale, non può essere indifferentemente realizzata a titolo doloso o colposo, come accadrebbe invece se il dolo specifico fosse considerato una semplice forma di dolo «oltrepassante» il fatto tipico.

Non è chi non veda la contraddizione in cui incorre una simile presa di posizione a carattere marcatamente soggettivista, la quale, paradossalmente, opera una scomposizione tra il fine ulteriore, che rende superflua ogni indagine sull'intensità della rappresentazione di esso, e la rappresentazione del fatto criminoso che, come tale, può essere esclusa da una erronea percezione.

⁶⁴ Così, chiaramente, Cass., sez. I, 14 luglio 1989, Hamdan, in *Giust. pen.*, 1990, II, c. 650; Cass., sez. I, 21 aprile 1988, n. 4851, Lollo, in *Riv. pen.*, 1989, p. 206 (s.m.).

⁶⁵ Precipuamente Cass., sez. II, 10 febbraio 1994, n. 1695, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1143, ha ritenuto, considerando anche le «circostanze ambientali», che un'azione «mirata», tesa cioè a colpire una cerchia determinata di persone con armi da fuoco, certamente letali, ma non dotate di capacità diffusiva se non indiscriminatamente indirizzate, non potesse configurare un pericolo per la pubblica incolumità e, correlativamente, ha ritenuto non provato il fine di uccidere un numero indeterminato di persone.

⁶⁶ Cass., sez. I, 19 marzo 1984, Lagrotteria, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1957.

un terzo soggetto⁶⁸, per cui l'elemento del "profitto", che attiene all'arricchimento (inteso in senso ampio) del reo, evidenzia, da un lato, un approfondimento tale dell'offesa, a fronte del quale i rimedi offerti dal diritto civile non sono sufficienti; dall'altro lato, serve a regolare un possibile conflitto tra varie altre norme che il patrimonio, anche se sotto diverse angolazioni, tutelano (*in primis* i furti punibili a querela)⁶⁹.

Ora, la disciplina dell'errore trova applicazione in quanto esso cada su un elemento normativo del fatto. Tutto ciò appare naturale solo che si ponga mente al concetto di *altruità* assunto dalla legge a rango di elemento fondante l'interesse da essa tutelato. L'errore di chi ritenga di essere ancora proprietario della cosa mobile che in realtà è stata legittimamente acquisita da altri, incidendo sull'*altruità*, esclude il dolo di furto.

Più difficile è invocare a propria scusa l'errore sul *profitto*. Senza rifarci alla distinzione tra *delitti di profitto-fine* e *delitti di profitto-evento*, perché non di capitale importanza per la nostra indagine, merita essere ribadito che il fine può realizzarsi o può non realizzarsi; ciò nonostante l'oggettivo contenuto patrimoniale non può essere oggetto di una falsa rappresentazione, nel senso che il reo non potrà addurre a propria scusa di non aver percepito l'esatto valore della cosa⁷⁰.

A identica conclusione, seppur con motivazioni diverse dettate dalla specificità della materia, è possibile giungere a proposito dell'art. 4 d.lgs. 74/2000. L'azione qui si sostanzia nella indicazione in una delle dichiarazioni annuali in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi.

Il problema riguarda l'elemento della "fittizietà" che può essere inteso sia quale sinonimo di inesistenza in *rerum natura*, cioè come alterazione (in senso normativo) del "vero giuridico" e che comporterà la responsabilità del soggetto attivo per un costo effettivamente sostenuto ma indeducibile, sia come frutto di una errata e dolosa interpretazione di una norma tributaria per una operazione, in tutto o in parte, non realmente effettuata (cfr. art. 1, lett. a) d.lgs. 74/2000), per cui si dedurrà un costo mai sostenuto.

⁶⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, 3ª ed., Padova, 2009, p. 70.

⁶⁹ Si può agevolmente notare che nei delitti contro il patrimonio, siano essi commessi mediante frode, siano essi commessi con violenza alle cose, l'uso della tecnica legislativa del dolo specifico è frequentissima.

⁷⁰ Sulla definizione di "profitto" v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 40 ss.

La soggettività dell'apprezzamento circa la fittizietà dell'elemento passivo non può certo rilevare come errore su norma extrapenale, perché l'intento di frodare il Fisco impone la consapevolezza della liceità o meno delle operazioni poste in essere.

L'offesa nel delitto di dichiarazione infedele – a differenza della fattispecie di furto dove il disvalore è legato al binomio “sottrazione-impossessamento”, *oltre* al dolo di profitto – è incentrata sulla evasione⁷¹ che *coincide* con il dolo specifico svincolato dalle modalità con le quali la dichiarazione dei redditi è presentata.

Vigente il vecchio n. 7 dell'art. 4 l. 516/1982, si era sostenuta la scusabilità di chi, per errore sulla norma tributaria, fosse stato convinto di poter dedurre come passivo oneri indeducibili⁷². Ora, a parte il contrario indirizzo della giurisprudenza che prendeva in considerazione l'argomento solo al fine di escluderne la rilevanza⁷³, una falsa rappresentazione di tal genere cade su un elemento non essenziale per la perfezione del dolo perché, come detto, la *ratio* della norma è quella di evitare l'evasione che, nell'economia della fattispecie, è necessario che si realizzi⁷⁴.

Su questa base ci possiamo ricollegare al discorso precedentemente fatto sul dolo specifico come manifestazione offensiva di un atteggiamento psicologico, concludendo che la specifica finalità che muove l'agente rende strutturalmente incompatibile tale tipo di reati con l'errore di diritto. In questi casi problematici, infatti, il legislatore è dovuto intervenire con una disposizione del tutto *sui generis* come l'art. 15 d.lgs. 74/2000, dettando una clausola oggettiva di non punibilità con una disciplina completamente diversa da quella del precedente art. 8 l. 516/1982⁷⁵.

Questa impostazione che consente di distinguere le fattispecie a

⁷¹ Le lettere a) e b) dell'art. 4 d.lgs. 74/2000 parlano espressamente di «imposta evasa».

⁷² C.F. GROSSO e G. NEPI MODONA, *La rilevanza penale nell'errore sulle norme tributarie: una nuova norma nel sistema sanzionatorio*, in *Corr. trib.*, 1982, p. 2237 citati da S. VITRÒ, *L'errore nel diritto penale tributario*, Padova, 1995, p. 145.

⁷³ Per tutti, Trib. Torino, 9 dicembre 1985, Z., in *Giur. piemontese*, 1986, p. 631 s.

⁷⁴ È in questo senso che va intesa quella tesi formulata da parte della dottrina (A. MANGIONE, *La dichiarazione infedele*, in *Diritto penale tributario* (a c. di E. Musco), 3^a ed., Milano, 2002, p. 141) che qualifica tale delitto come reato a dolo intenzionale, un'ipotesi cioè in cui convivono il dolo intenzionale, con riferimento al generico evento di evasione, e il dolo generico – anche eventuale – con riguardo alla quantità d'evasione necessaria per il superamento delle soglie. Cfr. altresì, E.M. AMBROSETTI, *I reati tributari*, in *Diritto penale dell'impresa* (a c. di E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco), 2^a ed., Bologna, 2009, p. 418 s.

⁷⁵ Si constata, a proposito dell'art. 15 d.lgs. 74/2000, la totale assenza di pronunzie giurisprudenziali.

dolo specifico nelle quali il *fine perseguito dall'agente coincide con l'interesse tutelato dalla norma penale*, da quelle in cui tale coincidenza non sussiste⁷⁶, mette inoltre in luce un altro aspetto della tematica che ci interessa.

Abbiamo affermato che, attenendo al «fatto tipico», la presenza del dolo specifico sia una chiave di lettura per risolvere il concorso apparente di norme qualora le condotte abbiano identico oggetto, ma l'agente tenda a un fine ben determinato, come avveniva – per rimanere nell'ambito penal-tributario – fra il vecchio art. 4 lett. b) l. 516/1982 e il delitto di bancarotta fraudolenta documentale previsto dagli artt. 216, comma 1 n. 2, e 223, comma 1, della legge fallimentare (r.d. 267/1942)⁷⁷.

La questione, con l'introduzione dell'art. 10 d.lgs. 74/2000 contenente una clausola di riserva, ha perso di rilievo, mentre ne ha acquistato un'altra, relativa alla possibilità di concorso formale tra il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, di cui all'art. 3 d.lgs. 74/2000 e le «false comunicazioni sociali» contemplate agli artt. 2621-2622 c.c. che tale clausola non contemplano più⁷⁸.

Molto si è discusso in dottrina circa la differenziazione delle due figure d'illecito sostenendosi che, nelle ipotesi di bilancio falsificato per evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, dovesse trovare applicazione solamente l'art. 3 citato. Gli è che, però, in questo caso, proprio la coincidenza tra il fine d'evasione e l'interesse tutelato dalla norma, consente di ritenerlo affiancabile al «fine» di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto che perfeziona il delitto societario, per cui ben potrà configurarsi un concorso di reati⁷⁹. Ciò che non sarebbe accaduto se entrambe le norme avessero incentrato l'elemento finalistico sul profitto.

Conferma, inoltre, che l'utilizzo di una data tecnica legislativa ha lo scopo di strutturare l'aggressione all'interesse protetto in modo che esso coincida talvolta con il fine (ma senza esaurirsi con esso) oppure si identifichi con la condotta dolosa; in quest'ultimo caso il «fine svolgerà» una funzione selettiva, sia rispetto ad altre figure criminose, sia nel senso di restringere la punibilità.

⁷⁶ A quest'ultima tipologia, accanto al delitto di furto, e per riprendere un esempio fatto più in alto, può essere accostato il delitto di cui all'art. 424 c.p. nel quale il fine esclusivo di danneggiamento non può concorrere con altre intenzionalità, nel qual caso troveranno applicazione altre disposizioni, come gli artt. 423 e 422 c.p.

⁷⁷ Per una panoramica L.D. CERQUA, *sub* art. 10, in *Diritto e procedura penale tributaria* (a c. di I. Caraccioli-A. Giarda-A. Lanzi), Padova, 2001, p. 345.

⁷⁸ Cfr. P. VENEZIANI, *sub* art. 3, in *Diritto e procedura penale tributaria*, cit., p. 199 e nota.

⁷⁹ Cfr., anche per le citazioni, E.M. AMBROSETTI, *I reati tributari*, cit., p. 415.

Sempre sul piano dell'offesa si è sostenuto che, talvolta, lo scopo, coincidendo con la lesione dell'interesse protetto, non possa essere considerato un evento ulteriore, bensì una componente del fatto. È il caso, ad es., della «bancarotta preferenziale» la quale, secondo una tesi, dovrebbe considerarsi un reato a dolo generico, perché il favoreggiamento di alcuni fra i creditori e il danno nei confronti di altri sono elementi «interni» al fatto che ne esauriscono il disvalore⁸⁰.

Le linee di pensiero richiamate confermano una non infrequente necessità, nella pratica, di superare le modalità di accertamento del dolo secondo le strette linee precedentemente tracciate e si dimostrano particolarmente interessanti per confermare la – da noi ritenuta – unitarietà dell'elemento psicologico e dell'elemento oggettivo in termini di manifestazione dell'offesa. Resta però da vedere se lo «scopo» di favorire taluno dei creditori, non svolga una ulteriore funzione rispetto a quella sulla quale si è posto l'accento. Per concludere nel senso della dottrina citata, bisognerebbe dimostrare che la bancarotta fraudolenta preferenziale sia stata dettata a sanzionare o a prevenire la diminuzione nel suo complesso della possibilità di soddisfacimento dei creditori, mentre, com'è stato autorevolmente posto in evidenza⁸¹, essa tutela l'alterazione del rapporto spettante ai creditori singoli. Il dolo specifico del delitto di cui all'art. 216, comma III, l. fall., serve invero a selezionare quelle condotte che siano dirette a favore un creditore diverso da quelli ammessi al concorso, per cui si avrebbe una «sottrazione» dei beni alla funzione di garanzia nei confronti dei creditori dando vita ad un reato diverso, come, ad es., la più grave bancarotta fraudolenta di cui al comma I dell'art. 216 che assume il ruolo di norma «generale» nel rapporto di specialità.

In alti casi, e concludendo in punto utilizzo della tecnica normativa del ricorso alle fattispecie a dolo specifico, il legislatore ha richiamato l'attenzione su di un elemento normativo che, nell'economia del fatto, indizia sul fine perseguito dall'agente, non ritenendolo più illecito (tipico), come è accaduto a proposito dei vantaggi compensativi nel delitto di infedeltà patrimoniale di cui al comma III dell'art. 2634 c.c.⁸².

⁸⁰ U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., pp. 479, 481 con riferimenti giurisprudenziali.

⁸¹ Ma v., nel senso corretto, A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, cit., pp. 88-89.

⁸² Cfr. E. MEZZETTI, *I reati societari*, in *Diritto penale dell'impresa*, cit., p. 179.

Bibliografia

- ALAGNA Rocco, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- ALIMENA Bernardino, *Dei delitti contro la persona*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie* (a c. di E. Pessina), vol. IX, Società Editrice Libreria, Milano, 1909.
- ALTAVILLA Enrico, *La scuola positiva e Filippo Grispigni*, in *La Scuola positiva. In memoria di Filippo Grispigni*, Giuffrè, Milano, 1956.
- AMBROSETTI Enrico Mario, *I reati tributari*, in *Diritto penale dell'impresa* (a c. di E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco), 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 2009.
- AMISANO Maristella, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Giappichelli, Torino, 2005.
- AMISANO Maristella, *Le esimenti non codificate. Profili di liceità materiale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- ANTOLISEI Francesco, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1953.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed. (a c. di L. Conti), Giuffrè, Milano, 2003.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 14ª ed. (a c. di L. Conti), Giuffrè, Milano, 2003.
- ANTOLISEI Francesco, *L'azione e l'evento nel reato*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928.
- ANTOLISEI Francesco, *Lo studio analitico del reato*, in *Problemi penali odierni*, Giuffrè, Milano, 1940.
- ARDIZZONE Salvatore, *La fattispecie obiettiva del crollo colposo di costruzioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1970.
- ARDIZZONE Salvatore, voce *Strage*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999.
- ARZT Gunther e WEBER Ulrich, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Giesecking, Bielefeld, 2000.
- BACIGALUPO Enrique, *Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht*, in *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. Menschen-gerechtes Strafrecht* (a c. di J. Arnold-B. Burkhardt-W. Gropp-H.G. Koch-O. Lagodny-W. Perron-S. Walther), C.E. Becks, München, 2005.

- BAFFI Eugenio, voce *Strage*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990.
- BALBI Giuliano, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Jovene, Napoli, 1995.
- BELFIORE Elio Romano, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1997.
- BELING Ernst von, *Die Lehre vom Tatbestand*, edizione separata e allegata ai *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (a c. di A. Hegler), Mohr, Tübingen, 1930.
- BELING Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906.
- BELING Ernst von, *Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen*, 11^a ed., Mohr, Tübingen, 1930.
- BENINI Stefano, *sub art. 422*, in *Codice penale* (a c. di T. Padovani), Tomo II, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2007.
- BENUSSI Carlo, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale nei gruppi si società: limite scriminante o «esegetico»?», in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a c. di E. Dolcini-C.E. Paliero), vol. III, Giuffrè, Milano, 2006.*
- BETTI Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1952, rist. Esi, Napoli, 1994.
- BETTIOL Giuseppe, *Diritto penale*, 11^a ed., Cedam, Padova, 1982.
- BETTIOL Giuseppe, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Rivista italiana di diritto penale*, Cedam, Padova, 1938.
- BETTIOL Giuseppe e PETTOELLO MANTOVANI Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Cedam, Padova, 1986, p. 336.
- BIANCA Cesare Massimo, *La prova del nesso causale: spunti introduttivi*, in *Il diritto delle prove*. Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008 (a c. di A. Cariola-A. Corsaro-G.D. D'Allura-F. Florio), Giappichelli, Torino, 2009.
- BINDING Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 1. Band, 2^a ed., Engelmann, Leipzig, 1902.
- BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 19^e ed., Dalloz, Paris, 2005.
- BRAUN Werner, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, 97, Weicher, Leipzig, 1936.
- BRICOLA Franco, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1966.
- BRICOLA Franco, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1960.
- BRICOLA Franco, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973.
- BUCHNER Silke, *Die Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts: ein Beitrag zum Problem der Verfolgung von staatlich legitimiertem Unrecht nach Beseitigung des Unrechtssystems*, Lang, Frankfurt a.M., 1996.
- CADOPPI Alberto, DE SIMONE Giulio, DONINI Massimo e MELCHIONDA

- Alessandro, *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a c. di F. Bricola-V. Zagrebelsky), 2^a ed., Utet, Torino, 1996.
- CADOPPI Alberto e VENEZIANI Paolo, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2002.
- CALLARI Francesco, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009.
- CAPRIOLI Francesco e VICOLI Daniele, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CARACCIOLI IVO, *Il momento di rilevanza dell'imputabilità negli ordinamenti italiano e tedesco con riguardo ai reati istantanei*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1971.
- CARACCIOLI IVO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2005.
- CARACCIOLI IVO, voce *Causa d'onore*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960.
- CARACCIOLI IVO, voce *Omissione* (diritto penale), in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1965.
- CARMONA Angelo, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti «culturali» e struttura normativa*, Giuffrè, Milano, 1983.
- CARNELUTTI Francesco, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933.
- CARNELUTTI Francesco, *Teoria del falso*, Cedam, Padova, 1935.
- CARUSO Giovanni, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Cedam, Padova, 2009.
- CASTRONOVO Carlo, *Danno esistenziale, il lungo addio*, in *Danno e responsabilità*, La Tribuna, Piacenza, 2009.
- CATENACCI Mauro, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a c. di E. Dolcini-C.E. Paliero), vol. II, Giuffrè, Milano, 2006.
- CAVALLO Vincenzo, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, *L'essenza del diritto penale*, Conte, Napoli, 1948.
- CEREZO MIR José, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in *Festschrift für Albin Eser* (a c. di J. Arnold-B. Burkhardt-W. Gropp- H.G. Koch-O. Lagodny-W. Perron-S. Walther), München, 2005.
- CERQUA Luigi Domenico, *sub art. 10*, in *Diritto e procedura penale tributaria* (a c. di I. Caraccioli-A. Giarda-A. Lanzi), Cedam, Padova, 2001.
- CLASS Wilhelm, *Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einziger] Teil: Die Lehre vom Tatbestand*, rist. Scientia Verlag Aalen, Frankfurt a. M., 1977 (estratto da *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft. 323, Breslau, 1933).
- COCCO Giovanni, *L'errore sul fatto*, in *Commentario sistematico al codice penale* (a c. di M. Ronco), vol. II, *Il reato*, t. I, *Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- CONSO Giovanni, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, Milano, 1955.

- CONTENTO Gaetano, *Commento agli articoli 317 e 317 bis del codice penale*, in AA.Vv., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* (a c. di T. Padovani), Utet, Torino, 1996, pp. 58-168, riprodotto ora in *Scritti 1964-2000* (a c. di G. Spagnolo), Laterza, Bari, 2002.
- CONTENTO Gaetano, *Corso di diritto penale*, vol. II, 3ª ed., Laterza, Bari, 1996.
- CONTI Luigi, voce *Contravvenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962.
- COPPI Franco, voce *Plagio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.
- CORDERO Franco, *Procedura penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- CRIVELLARI Giulio, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. V, Utet, Torino-Milano-Roma-Napoli, 1894.
- DASSANO Francesco, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004.
- DASSANO Francesco, *Il danno da reato. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 1993.
- DE FRANCESCO Giovannangelo, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008.
- DE SIMONE Giulio, in *Manuale di diritto penale. Parte generale* (a c. di S. Canestrari-L. Cornacchia-G. De Simone), Il Mulino, Bologna, 2007.
- DELITALA Giacomo, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Rivista italiana di diritto penale*, Estratto, Cedam, Padova, 1934.
- DELITALA Giacomo, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930.
- DELITALA Giacomo, voce *Diritto penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964.
- DELL'ANDRO Renato, voce *Antigiuridicità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958.
- DI GIOVINE Ombretta, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.
- DONINI Massimo, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio*, in *Cassazione penale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- DONINI Massimo, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una «nuova» dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- DONINI Massimo, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cassazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- DONNA Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte general*, t. II, *Teoría general del delito*, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- DREIER Horst, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in *Juristenzeitung*, Mohr, Tübingen, 1997.
- ENGISCH Karl, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hun-*

- dertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, Mueller, Karlsruhe, 1960, Bd. I.
- ENGISCH Karl, *Die normative Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953* (a c. di P. Bockelmann-K. Engisch), Beck, München, 1954.
- ENGISCH Karl, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15. 10. 1953* (a c. di K. Engisch-R. Maurach), Beck, München-Berlin, 1954.
- ESER Albin, *Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils*, in *Juristen Zeitung*, Mohr, Tübingen, 1994.
- FALCINELLI Daniela, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- FERRAJOLI Luigi, *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1965.
- FERRI Enrico, *Principii di diritto criminale*, Utet, Torino, 1928.
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Zanichelli, Bologna, 2007.
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4ª ed., Zanichelli, Bologna, 2007.
- FINZI Marcello, *Il cosiddetto «dolo specifico». Volizioni dirette verso un risultato che sta fuori dagli atti esterni d'esecuzione di un reato*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1952.
- FINZI Marcello, *L'intenzione di uccidere considerata in relazione al mezzo lesivo adoperato*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Cedam, Padova, 1954.
- IORE Carlo, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- IORE Carlo, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959.
- FLORIAN Eugenio, *Parte generale del diritto penale*, vol. I, 3ª ed., Vallardi, Milano, 1926, p. 362.
- FORNACIARI Michele, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Giuffrè, Milano, 2005.
- FORTE Giacomo, *Osservazioni in tema di «giustificato motivo» nel nuovo delitto di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cassazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- FORTI Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- FRANK Reinhard von, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., Mohr, Tübingen, 1931.
- FROMMEL Monika, *Die Mauerschützenprozesse – Eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel*, in *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (a c. di F. Haft-W. Hassemer), Müller, Heidelberg, 1993.
- FROSALI Raul Alberto, *Sistema penale italiano*, Parte I, *Diritto penale sostanziale*, tomo I, 4ª ed., Utet, Torino, 1958.
- FROSALI Raul Alberto, *Sistema penale italiano*, Parte I, *Diritto penale sostanziale*, tomo II, 4ª ed., Utet, Torino, 1958.

- GALLAS Wilhelm, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, 1955.
- GALLO Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, Torino, 2003.
- GALLO Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999.
- GALLO Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, pt. I, *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 2000.
- GALLO Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, pt. II, *L'elemento psicologico*, Giappichelli, Torino, 2001.
- GALLO Marcello, *Il contributo di Francesco Antolisei alle dottrine generali del diritto penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965.
- GALLO Marcello, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, Napoli, 1969.
- GALLO Marcello, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati*, 1948-1950, Giuffrè, Milano, 1950.
- GALLO Marcello e SEVERINO Paola, voce *Antigiuridicità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. II, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.
- GARGANI Alberto, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997.
- GARGANI Alberto, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2005.
- GARGANI Alberto, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale* (a c. di C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro), vol. IX, t. I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2008.
- GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I, 3^a ed., Recueil Sirey, Paris, 1913.
- GELARDI Michele, *Il dolo specifico*, Cedam, Padova, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, rist. 2009.
- GIULIANI BALESTRINO Ubaldo, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- GOLBS Ulrike, *Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten*, Nomos, Baden-Baden, 2006.
- GOLDSCHMIDT James, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (a c. di A. Hegler), Mohr, Tübingen, 1930.
- GORLA Gino, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1951.
- GRISPIGNI Filippo, *Diritto penale italiano*, vol. I, *Introduzione e parte prima: Le norme penali sinteticamente considerate*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1947.
- GRISPIGNI Filippo, *Diritto penale*, vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1947.
- GRISPIGNI Filippo, *Introduzione alla sociologia criminale. Oggetto e natura della Sociologia criminale - Il Metodo - Il concetto sociologico della criminalità*, Utet, Torino, 1928.

- GRISPIGNI Filippo, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *La Scuola positiva*, Giuffrè, Milano, 1950.
- GRISPIGNI Filippo, *La personalità ed il valore sintomatico del reato*, in *La Scuola positiva*, Giuffrè, Milano, 1955.
- GRISPIGNI Filippo, *I delitti contro la pubblica amministrazione* (corso di lezioni raccolte e integrate da R. Dolce), Ricerca, Roma, 1953.
- GROPP Walter, *Atypische rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10 Mai 2003* (a c. di K. Amelung), Müller, Heidelberg, 2003.
- GROPP Walter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2005.
- GROSSO Carlo Federico, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a c. di F. Bricola-V. Zagrebelsky), vol. IV, 2ª ed., Utet, Torino, 1996.
- GÜNTHER Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, C. Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.
- HASSEMER Winfried, *Tatbestand als Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968.
- HEGLER August, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, 1915.
- HEGLER August, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (a c. di A. Hegler), Mohr, Tübingen, 1930.
- HEINRICH Bernd, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 2ª ed., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010.
- HELLMANN Uwe, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2006.
- HERZBERG Rolf Dietrich, *Gedanken zur finalen Handlungslehre*, in *Freiheit, Gesetz und Toleranz. Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Karl Heinz Kunert* (a c. di M. Tsambikakis), Nomos, Baden-Baden, 2006.
- HIRSCH Hans Joachim, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Teil I, in *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten* (a c. di G. Kohlmann), Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- HIRSCH Hans Joachim, *Grundlagen, Entwicklungen und Mißdeutungen des „Finalismus“*, in *Strafrechtliche Probleme* (a c. di H. Lilie), Tomo II, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- HIRSCH Hans Joachim, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar* (a c. di B. Jähnke-H. W. Laufhütte-W. Odersky), Tomo II, 11ª ed., de Gruyter, Berlin, 2003.
- HIRSCH Hans Joachim, *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, 2004.
- HIRSCH Hans Joachim, *Acerca de la crítica al «finalismo»*, in *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario*

- del nacimiento de Hans Welzel* (a c. di H.J. Hirsch-J. Cerezo Mir-E.A. Donna), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- HRUSCHKA Joachim, *Wieso ist eigentlich die «eingeschränkte» Schuldtheorie «eingeschränkt»? Abschied von einem Meinungsstreit*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* (a c. di B. Schünemann-H. Achenbach-W. Bottke-B. Haffke-H.J. Rudolphi), de Gruyter, Berlin-New York, 2001.
- IMPALLOMENI Giovan Battista, *Il codice penale italiano*, vol. III, Civelli, Firenze, 1891.
- IRTI Natalino, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984.
- JAKOBS Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zu rechnungslehre*, 2^a ed., de Gruyter, Berlin-New York, 1991 (rist. 1993).
- JAKOBS Günther, *Untaten des Staates-Unrecht im Staat*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994.
- JAKOBS Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Kleine Studie. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992, Beck, München, 1992.
- JIMÉNZ DE ASÚA Luis, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 3^a ed., Hermes, Buenos Aires, 1959.
- KAUFMANN Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Schwartz, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN Armin, *Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung*, in *Juristen Zeitung*, Mohr, Tübingen, 1955.
- KELKER Brigitte, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 2007.
- KINDHÄUSER Urs Konrad, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. I, 3^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2007.
- KRAHL Matthias, *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zum ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M., 1999, p. 8 ss.
- KÜHL Kristian, *Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht*, in *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag* (a c. di U. Sieber-G. Dannecker-U. Kindhäuser-J. Vogel-T. Walter), Heymmens, Köln-München, 2008.
- KÜHL Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Vahlen, München, 2008.
- KUNERT Karl Heinz, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, de Gruyter, Berlin, 1958.
- LAMPE Ernst-Joachim, *Das personale Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967.
- LAVARINI Barbara, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009.
- LAZZARO Giorgio, *Teoria generale e interpretazione nel concetto di «fatti-specie»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- LEVI Nino, *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Jovene, Napoli, 1938.

- LICCI Giorgio, *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2010.
- LICCI Giorgio, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappichelli, Torino, 2006.
- LICCI Giorgio, *Reato putativo e reato impossibile*, in *Commentario sistematico al codice penale* (a c. di M. Ronco), vol. II, t. I, *Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- LICCI Giorgio, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Jovene, Napoli, 1996.
- LINDE Hans von der, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik*, Lang, Frankfurt a.M., 1988.
- LISZT Franz von e SCHMIDT Eberhard, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25^a ed., de Gruyter, Berlin, 1927.
- LOZZI Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, 7^a ed., Giappichelli, Torino, 2008.
- LÜDERSSEN Klaus, *Das moderne Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, Luchterhand, Köln, 2004.
- LUDEN Heinrich, *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts*, Erste Band, Luden, Jena, 1847.
- MAIWALD Manfred, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (a c. di F.C. Schroeder-H. Zipf), Müller, Karlsruhe, 1972.
- MAIORCA Carlo, voce *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1961.
- MAJNO Luigi, *Commento al codice penale italiano*, pt. II, 3^a ed., Utet, Torino, 1911.
- MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MANGIONE Angelo, *La dichiarazione infedele*, in *Diritto penale tributario* (a c. di E. Musco), 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2002.
- MANSDÖRFER Marco, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Cedam, Padova, 2009.
- MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2009.
- MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 2^a ed., Utet, Torino, 1941.
- MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI (a c. di G.D. Pisapia), 5^a ed., Utet, Torino, 1983.
- MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale*, vol. I (a c. di P. Nuvolone-G.D. Pisapia), 5^a ed., Utet, Torino, 1981.
- MARINI Giuliano, *Lineamenti del sistema penale*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 1993.
- MARINI Giuliano, voce *Incolunità pubblica (Delitti contro la)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, vol. IV, Utet, Torino, 1983.

- MARINUCCI Giorgio, voce *Antigiuridicità*, in *Digesto delle discipline penali-stiche*, vol. I, Utet, Torino, 1987.
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio, *Corso di diritto penale*, Tomo I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001.
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- MASERA Luca, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, Milano, 2007.
- MAURACH Reinhart e ZIPF Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8ª ed., Müller, Heidelberg, 1992.
- MAURACH Reinhart, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Müller, Karlsruhe, 1954.
- MAYER Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2ª ed., Winter, Heidelberg, 1923.
- MAZZACUVA Nicola, voce *Evento*, in *Digesto delle discipline penali-stiche*, vol. IV, Utet, Torino, 1990.
- MERKEL Reinhard, *Der Schwangerschaftsabbruch*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts* (a c. di C. Roxin-U. Schroth), 3ª ed., Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2007.
- MERLI Antonella, *Introduzione alla teoria del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- MESSINA Salvatore, *Sull'utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Cedam, Padova, 1954.
- MEYER GOSSNER Lutz-CIERNIAK Jürgen-SCHWARZ Otto, *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 52ª ed., Beck, München, 2009.
- MEZGER Edmund, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift für Ludwig Träger zum 70. Geburtstag am 10. Juni 1926*, Stilke, Berlin, 1926.
- MEZGER Edmund, *Diritto penale* (trad. it. F. Mandalari), Cedam, Padova, 1935.
- MEZZETTI Enrico, *I reati societari*, in *Diritto penale dell'impresa* (a c. di E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco), 2ª ed., Bologna, 2009.
- MEZZETTI Enrico, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra «impossibile» ed «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2000.
- MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004 (rist. 2007).
- MIR PUIG Santiago, *Grenzen der Normativismus im Strafrecht*, in *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann* (a c. di R. Hefendel-W. Bottke), Heymann, Köln-Berlin-München, 2005.
- MIR PUIG Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., Julio César Faira, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

- MOLARI Alfredo, *La tutela penale della condanna civile*, Cedam, Padova, 1960.
- MORGANTE Gaetana, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MORO Aldo, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947.
- MORSELLI Elio, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991.
- MUCCIARELLI Francesco, *Il ruolo dei «vantaggi compensativi» nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 2002.
- MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MUSOTTO Giovanni, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965.
- NAGLER Johannes, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (a c. di A. Hegler), vol. I, Mohr, Tübingen, 1930.
- NAUCKE Wolfgang, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1996.
- NEPPI MODONA Guido, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*. Scritti degli allievi, Giappichelli, Torino, 2004.
- NOLL Peter, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtsfertigung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, 1965.
- NUVOLONE Pietro, *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1982.
- OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., de Gruyter, Berlin, 2004.
- PADOVANI Tullio, *Diritto penale*, 9ª ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- PADOVANI Tullio, *Frode fiscale*, in *Responsabilità e processo penale nei reati tributari* (a c. di C.F. Grosso), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1992.
- PAGLIARO Antonio, *Il delitto di bancarotta*, in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956-2008, vol. II, *Monografie di parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- PAGLIARO Antonio, *Il fatto di reato*, Priulla, Palermo, 1960.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 9ª ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- PAGLIARO Antonio, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *L'indice penale*, Cedam, Padova, 1976.
- PAGLIARO Antonio, voce *Fatto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XVI, 1967.
- PALAZZO Francesco C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, Padova, 1979.

- PALAZZO Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2006.
- PALAZZO Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2008.
- PAPAGNO Claudio, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Giuffrè, Milano, 2009.
- PAWLIK Michael, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?» – *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht*, in *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. april 2007* (a c. di G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz e J. Brammsen), Heymann, Köln-Berlin-München, 2007.
- PECORARO ALBANI Antonio, *Il dolo*, Jovene, Napoli, 1955.
- PELISSERO Marco, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000.
- PERINI Andrea, *False comunicazioni sociali*, in *Il nuovo diritto societario* (a c. di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti), vol. III, Zanichelli, Bologna, 2004.
- PERINI Andrea, *Profili di novità attinenti la tutela penale dell'informazione societaria*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009* (a c. di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti), Zanichelli, Bologna, 2009.
- PERRON Walter, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- PETROCELLI Biagio, *L'antigiuridicità*, 4^a ed., Cedam, Padova, 1966.
- PETROCELLI Biagio, *Il delitto tentato: studi*, Cedam, Padova, 1955.
- PIACENZA Scipione, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, Giappichelli, Torino, 1943.
- PICOTTI Lorenzo, *Il dolo specifico nel «nuovo» abuso d'ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione* (a c. di F. Coppi), Giappichelli, Torino, 1993.
- PICOTTI Lorenzo, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993.
- PROSDOCIMI Salvatore, voce *Reato doloso*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. XI, Utet, Torino, 1996.
- PULITANÒ Domenico, *Diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2007.
- PULITANÒ Domenico, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- PULITANÒ Domenico, *L'errore nella teoria generale del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976.
- RADBRUCH Gustav, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (a c. di A. Hegler), Mohr, Tübingen, 1930.
- RANIERI Silvio, *Reato e personalità*, in *Rivista italiana di diritto penale*, Cedam, Padova, 1933.
- RENIKOWSKI Joachim, *Zur Strafbarkeit des Schußwaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze*, in *Neue Justiz*, Dt. Zentralverlag, Berlin, 1992.

- RINCK Klaus, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- RIONDATO Silvio, *sub art. 422*, in *Codice penale commentato* (a c. di M. Ronco-S. Ardizzone-B. Romano), 3^a ed., Utet, Torino, 2009.
- RISICATO Lucia, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- RODRIGUEZ DEVESA Jose Maria e SERRANO GOMEZ Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 18^a ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RONCO Mauro, *Descrizioni penali d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*. Scritti degli allievi, Giappichelli, Torino, 2004.
- RONCO Mauro, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979.
- RONCO Mauro, *Il reato*, in *Commentario sistematico al codice penale* (a c. di M. Ronco), vol. II, t. I, *Struttura del fatto tipico. Presupposti oggetti e soggetti dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- RONCO Mauro, *La legge penale*, in *Commentario sistematico al codice penale* (a c. di M. Ronco), vol. I, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna, 2006.
- ROXIN Claus, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch: 21.11.1878-23.11.1949* (a c. di Arthur Kaufmann), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968.
- ROXIN Claus, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Cram, Hamburg, 1959.
- ROXIN Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., Beck, München, 2006.
- RUGGIERO Gianluca, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo «statuto» della persona fisica e degli enti*, Giappichelli, Torino, 2007.
- RUGGIERO Gianluca, *La successione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, Cedam, Padova, 2004.
- RUGGIERO Gianluca, voce *Evento*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamento, vol. XVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2008.
- RUPERTO Saverio, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2007.
- SAFFERLING Christoph Johannes Maria, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täretelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- SALTELLI Carlo e ROMANO DI FALCO Enrico, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale*, vol. I, pt. I., Utet, Torino, 1931.
- SARACENO Pasquale, *La decisione sul fatto incerto*, Giuffrè, Milano, 1940.
- SCAPARONE Metello, *Procedura penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2008.
- SCAPARONE Metello, *Procedura penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2008.
- SCHLEHOFER Horst, *Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.*, in *Münchener Kom-*

- mentar zum Strafgesetzbuch* (a c. di W. Joecks-K. Miebach), vol. I, Beck, München, 2003.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag* (a c. di P. Bockelmann-Arth. Kaufmann-U. Klug), Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1969.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Die Begründung der Notwehr*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Decker's Verlag, Heidelberg, 1991.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Vorsatz und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 1968.
- SCHÖNKE Adolf, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4^a ed., Biderstein Verlag, München-Berlin, 1949.
- SCHROEDER Friedrich-Christian, *Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingsschießungen zwischen Transzendenz und Immanenz*, in *Juristische Rundschau*, de Gruyter, Berlin, 1993.
- SCHROTH Ulrich, *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts* (a c. di C. Roxin-U. Schroth), 3^a ed., Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2007.
- SCHÜNEMANN Bernd, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentar und des Wiener Kommentars*. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Decker's Verlag, Heidelberg, 1985.
- SCHÜNEMANN Bernd e GRECO Luís, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem. Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Decker's Verlag, Heidelberg, 2006.
- SCOMPARIN Laura, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2008.
- SEIDL HOHENVELDERN Ignaz, *Rechtsphilosophische Aspekte der "Mauerschützen"-Prozesse*, de Gruyter, Berlin, 1999.
- SERENI Andrea, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008.
- SERRANO GOMEZ Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 9^a ed., Dykinson, Madrid, 2004.
- SIEKMANN Hanno, *Das Unrechtsbewusstsein der DDR-"Mauerschützen"*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- SINISCALCO Marco, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 1959 (rist. 1981).
- SINISCALCO Marco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1961.
- SIRACUSANO Delfino, voce *Absoluzione* (*dir. proc. pen.*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958.
- SPENA Alessandro, *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- SPENDEL Günter, *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, in *Deutscher Richterzeitung*, Heymann, Berlin, 1978.
- SPENDEL Günter, *Notwehr*, in *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Großkommentar* (a c. di B. Jähnke-H. W. Laufhütte-W. Odersky), Tomo II, 11^a ed., de Gruyter, Berlin, 2003.

- TIEDEMANN Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr, Tübingen, 1969.
- TONINI Paolo, *Manuale di procedura penale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- TRIFFTERER Otto, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer Verlag, Wien-New York, 1994.
- TRÖNDLE Herbert e FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54ª ed., Beck, München, 2007.
- VANNINI Ottorino, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Carlo Cya, Firenze, 1939.
- VANNINI Ottorino e COCCIARDI Giuseppe, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1986.
- VASSALLI Giuliano, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982.
- VASSALLI Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001.
- VASSALLI Giuliano, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck* (a c. di T. Vogler), Erster Halbband, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- VENEZIANI Paolo, *sub art. 3*, in *Diritto e procedura penale tributaria*, (a c. di I. Caraccioli-A. Giarda-A. Lanzi), Padova, 2001.
- VITRÒ Silvia, *L'errore nel diritto penale tributario*, Cedam, Padova, 1995.
- VOGEL Joachim, *sub § 16*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar* (a c. di H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann), 12ª ed., de Gruyter, Berlin, 2007.
- VOLK Klaus, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, Cedam, Padova, 1993.
- WEBER Hellmuth von, *Negative Tatbestandsmerkmale*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15. 10. 1953* (a c. di K. Engisch e R. Maurach), Beck, München-Berlin, 1954.
- WELZEL Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª ed., de Gruyter, Berlin, 1969.
- WELZEL Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4ª ed., Schwartz, Göttingen, 1961.
- WELZEL Hans, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Lambert Schneider, Heidelberg, 1948.
- WELZEL Hans, *Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik*, in *Juristen Zeitung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1955.
- WELZEL Hans, *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, 1955.
- WERLE Gerhard, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Gruyter, Berlin, 1997.
- WESSEL Johannes e BEULKE Werner, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 39ª ed., Müller, Heidelberg, 2009.
- WESSELS Johannes e HILLENKAMP Thomas, *Strafrecht. Besonderer Teil*, II, 25ª ed., Müller, Heidelberg, 2002.
- WOLF Erik, *Der Sachbegriff im Strafrecht. Beiträge zur Allgemeinen Lehre*

- vom besonderem Teil des Strafrechts, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgericht* (a c. di O. Schreiber), de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929.
- WOLF Erik, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, Ferdinand Hirt, Breslau, 1931.
- ZIELINSKI Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsaus-schluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.
- ZIMMERL Leopold, *Zur Lehre vom Tatbestand. Uebersehene und vernachlässigte Probleme* (estr. da *Strafrechtliche Abhandlungen*), Schletter, Breslau, 1928.